

استبعاد تطبيق قاعدة التنازع
بواسطة اتفاق الأطراف
"نظام الاتفاق الإجرائي"

دكتور

أشرف وفا محمد

أستاذ مساعد القانون الدولي الخاص

كلية الحقوق - جامعة القاهرة

المحتويات

رقم الصفحة	الموضوع
٦١	مقدمة
٦١	(أ) منهج قاعدة التنازع المزدوجة الجانب
٦٢	(ب) الوسائل التي تهدف إلى تلافى عيوب قاعدة التنازع
٦٥	(ج) موضوع البحث وأهميته
٦٥	تقسيم الدراسة
٦٦	الفصل الأول، مفهوم فكرة حرية التصرف في الحقوق
٦٦	المبحث الأول، فكرة حرية التصرف
	المطلب الأول، مدى التزام القاضي بتطبيق قاعدة التنازع من تلقاء ذاته في فرنسا
٦٦	الفرع الأول، النظام العام كأساس لتبرير عدم إلزامية قاعدة التنازع
٦٧	(أ) مدى إلزامية قاعدة التنازع
	(ب) تبرير التطبيق الاختياري لقاعدة التنازع عن طريق اللجوء إلى فكرة النظام العام
٦٨	الفرع الثاني، حلول معيار قابلية الحقوق للتصرف محل فكرة النظام العام
٧٠

الموضوع	رقم الصفحة
أ) فكرة حرية التصرف في الحقوق كأساس لتبرير مدى إلزامية القاضي بتطبيق قاعدة التنازع من تلقاء ذاته	٧٠
١- المرحلة الأولى، الطابع الاختياري لقاعدة التنازع	٧٠
٢- المرحلة الثانية، إلزام القاضي بتطبيق قاعدة التنازع	٧١
٣- المرحلة الثالثة، العودة إلى الطابع الاختياري لقاعدة التنازع المقرر في حكم بيسبال	٧٤
ب) تقديرنا لفكرة حرية التصرف في الحقوق	٧٦
المطلب الثاني، مدى التزام القاضي بتطبيق قاعدة التنازع من تلقاء ذاته في بعض القوانين الأخرى	٨٢
أ) مدى التزام القاضي بتطبيق قاعدة التنازع من تلقاء ذاته في القانون الأنجلو أمريكي	٨٢
ب) مدى التزام القاضي بتطبيق قاعدة التنازع من تلقاء ذاته في بلجيكا	٨٣
ج) مدى التزام القاضي بتطبيق قاعدة التنازع من تلقاء ذاته في ألمانيا	٨٥
د) مدى التزام القاضي بتطبيق قاعدة التنازع من تلقاء ذاته في النمسا وإيطاليا	٨٧
هـ) مدى التزام القاضي بتطبيق قاعدة التنازع من تلقاء ذاته في سويسرا	٨٩
و) مدى التزام القاضي بتطبيق قاعدة التنازع من تلقاء ذاته في مصر	٩١
ز) رأينا الخاص	٩٣

الموضوع	رقم الصفحة
المبحث الثاني، القانون واجب التطبيق على قابلية الحقوق	
..... للتصرف	١٠٦
المطلب الأول، إخضاع قابلية الحقوق للتصرف إلى قانون القاضي	١٠٦
(أ) تطبيق قانون القاضي استناداً إلى أنه يحكم المسائل الإجرائية .	١٠٦
(ب) تحديد قابلية الحقوق للتصرف يعد من قبيل التكيف	١٠٧
المطلب الثاني، إخضاع قابلية الحقوق للتصرف إلى قانون	
الموضوع	١٠٨
(أ) عرض الرأي القائل بإخضاع قابلية الحقوق للتصرف إلى	
قانون الموضوع	١٠٨
(ب) تقدير الرأي السابق	١١٠
المبحث الثالث، فكرة قابلية الحقوق للتصرف في مجال التحكيم...	١١٠
(أ) معيار قابلية الخضوع للتحكيم في فرنسا	١١٠
(ب) مدى كفاية معيار قابلية الحقوق للتصرف	١١٢
(ج) القانون واجب التطبيق على قابلية الحقوق للتصرف في مجال	
التحكيم	١١٤
(د) معيار القابلية للتحكيم في سويسرا	١١٥
الفصل الثاني، الاتفاق الإجرائي	١١٧
المبحث الأول، مدى إلزامية قاعدة التنازع بالنسبة للأطراف	١١٧
المطلب الأول، مدى التزام الأطراف بالقانون الذي تشير إليه	
قاعدة التنازع	١١٧
(أ) مبدأ جواز استبعاد الأطراف للقانون الذي تشير إليه قاعدة	
التنازع	١١٨

رقم الصفحة	الموضوع
١١٩	(ب) استبعاد القانون واجب التطبيق كوسيلة لعلاج قاعدة التنازع ..
١٢١	المطلب الثاني، التمييز بين الاتفاق الإجرائي والاتفاق الموضوعي
١٢١	(أ) الاتفاق الموضوعي على القانون واجب التطبيق في وقت لاحق لإبرام العقد أو أثناء سير إجراءات النزاع
١٢٩	(ب) الفوارق بين الاتفاق الإجرائي والاتفاق الموضوعي
١٣٣	المبحث الثاني، انعقاد الاتفاق الإجرائي وتحديد مجاله
١٣٣	المطلب الأول، كفاية انعقاد الاتفاق الإجرائي
١٣٦	المطلب الثاني، مجال الاتفاق الإجرائي
١٣٦	(أ) الاتفاق الإجرائي وقواعد التنازع في مجال الالتزامات غير التعاقدية
١٣٩	(ب) الاتفاق الإجرائي وقواعد التنازع الأخرى غير تلك التي تتعلق بالالتزامات غير التعاقدية
١٤٢	(ج) الاتفاق الإجرائي وقواعد التنازع المنصوص عليها في المعاهدات الدولية
١٤٤	المبحث الثالث، أثر الاتفاق الإجرائي على قواعد التنازع
١٤٤	المطلب الأول، استبعاد قاعدة التنازع وتطبيق قانون القاضي
١٤٤	(أ) حجج الرأي القائل بقصر الاتفاق الإجرائي على اختيار تطبيق قانون القاضي
١٤٧	(ب) تقدير حجج وأدلة هذا الرأي
١٤٩	المطلب الثاني، استبعاد قاعدة التنازع وتطبيق قانون أجنبي
١٥٥	خاتمة البحث

مقدمة

(أ) منهج قاعدة التنازع المزدوجة الجانب:

من المسلم به أن قاعدة تنازع القوانين تعتبر من القواعد المزدوجة الجانب *le caractère bilatéral de la règle de conflit* ويعني هذا أن القانون الواجب التطبيق الذي ينتج عن إعمال هذه القاعدة قد يكون قانوناً وطنياً للقاضي المعروض عليه النزاع كما قد يكون قانوناً أجنبياً. فإذا ما أشارت قاعدة التنازع على سبيل المثال إلى تطبيق القانون الشخصي في مسائل الأحوال الشخصية كقانون الجنسية باعتباره هو القانون واجب التطبيق على مسألة الأهلية، فإن تطبيق قاعدة التنازع هذه قد يقود إلى تطبيق القانون الوطني للقاضي المعروض عليه النزاع إذا كان الشخص يتمتع بجنسية دولة القاضي كما قد يطبق القاضي قانوناً أجنبياً في الحالة العكسية.

ومن النتائج الهامة التي تترتب على ذلك أن القانون الأجنبي ينبغي أن يوضع كقاعدة عامة في نفس المركز الذي يوجد فيه القانون الوطني من حيث إمكانية التطبيق، وبالتالي ينبغي ألا يتخذ المشرع إجراءات من شأنها تفضيل تطبيق القانون الوطني على القانون الأجنبي. ذلك أن قاعدة التنازع تتسم بأنها قاعدة غير مباشرة تشير إلى تطبيق قانون ما على النزاع والذي قد يكون قانون القاضي ذاته المعروض عليه النزاع كما قد يكون قانوناً أجنبياً^(١).

ومن الملاحظ أن منهج تنازع القوانين هو الطريقة المعتادة والعامة لتحديد القانون الواجب التطبيق في مجال العلاقات الخاصة الدولية وقد انفرجت قاعدة التنازع في الماضي بحكم تلك العلاقات، إلا أن الانتقادات ما لبثت أن وجهت إلى هذا المنهج في تحديد القانون الواجب التطبيق مما أدى إلى ظهور ما يسمى بأزمة تنازع القوانين *la crise du conflit des lois*.

(١) لذلك نجد أن مجمع القانون الدولي قد نص صراحة على وجوب عدم التفرقة بين القانون الوطني والقانون الأجنبي في هذا الشأن. وفقاً للفقرة الأولى من قراره الصادر بتاريخ ٢٥ أبريل ١٩٥٢ فإن:

“Les règles de droit international privé ne doivent pas, pour des raisons démographiques, utiliser des points de rattachement donnant lieu à une différence entre le domaine d’application de la loi nationale et de la loi étrangère”.

من أهم المزايا التي تنسب إلى قاعدة تنازع القوانين هو طابعها الحيادي الذي تتم في ظلّه التسوية بين القانون الوطني والقانون الأجنبي من ناحية إمكانية التطبيق. فقاعدة التنازع التي تقرر على سبيل المثال إخضاع أهلية الأداء لقانون جنسية الشخص، هذه القاعدة تقود إلى تطبيق القانون الوطني إذا كان الشخص المعنوي يتمتع بجنسية الدولة، كما تقود إلى تطبيق قانون دولة أخرى إذا لم يكن الشخص متممًا بجنسية دولة القاضي.

إلا أن هذا الطابع التجريدي لحيادي لقاعدة التنازع يقابله عيوب أخرى تور كلها حول نقطة رئيسية وهي أنه إذا كانت قاعدة التنازع الوطنية تحقق عدالة توزيع الاختصاص التشريعي بين القانون الوطني والقوانين الأجنبية إلا أنها لا تكفل تحقيق عنصر الأمان القانوني *la sécurité juridique* في بعض الأحوال التي يؤدي فيها إعمال قواعد التنازع المعدة سلفاً إلى نتائج غير مرغوب فيها. فكل ما تهتم به قاعدة التنازع هو تحديد القانون الواجب التطبيق دون أن تلقى بالأى إلى نتائج إعمال وتطبيق هذا القانون.

ومن أجل هذا ينتقد الفقه السائد في الدول الأنجلوسكسونية قاعدة التنازع المزدوجة الجانب لأنها قاعدة تتسم بالجمود، حيث يتم تحديد القانون واجب التطبيق استناداً إلى نظام قانوني معين وليس إلى اختيار قاعدة موضوعية محددة، وينعكس هذا بالتالي على عدم عدالة الحلول التي يفضي إليها منهج التنازع المزدوج الجانب بسبب عدم معرفة محتوى القانون المطبق.

ومن الواضح أن قاعدة التنازع المزدوجة الجانب يتم إعمالها على هذا النحو دون أن يؤخذ في الاعتبار محتوى أو مضمون القوانين ذات الصلة بالنزاع، وهذا المحتوى لا يظهر إلا في مرحلة تالية عندما يتم الرجوع إلى القانون الذي أشارت إليه قاعدة التنازع المختصة. ومن هنا يعيب قاعدة التنازع المزدوجة الجانب أنها قاعدة آلية وعمياء *une règle mécanique et aveugle*.

(ب) الوسائل التي تهدف إلى تلافى عيوب قاعدة التنازع:

من أجل تلافى العيوب الموجهة إلى قاعدة التنازع التقليدية بما تؤدي إليه في بعض الأحوال من نتائج غير مقبولة، وجدت العديد من الوسائل التي تهدف إلى التغلب على ما قد يؤدي إليه تطبيق المنهج التقليدي من عدم عدالة الحلول. وتتركز هذه الوسائل فيما يلي:

١- حرية تحديد القانون الواجب التطبيق:

قد يؤدي تطبيق قاعدة التنازع إلى نتائج مخالفة للتوقع المشروع للأطراف، ذلك أن قاعدة التنازع تعتبر قاعدة عمياء تهدف فقط إلى أن تحدد - موضوعياً - القانون الواجب التطبيق الأمر الذي من شأنه أن يأتي تطبيق القانون المشار إليه بنتائج لم يتوقعها أطراف الرابطة القانونية.

لذلك فإن معظم التشريعات تفسح المجال لتحديد القانون الواجب التطبيق بواسطة أطراف العلاقة القانونية أنفسهم، بحيث لا تنطبق قاعدة التنازع إلا في حالة تخلف اتفاقهم على القانون الذي يحكم تلك الرابطة.

من أهم المجالات التي تعمل فيها إرادة الأطراف القانون الواجب التطبيق في مجال العقود. فمن المسلم به على الصعيد الدولي خضوع العقد لقانون الإرادة وفقاً للمبدأ الشهير المعروف بمبدأ سلطان الإرادة *le principe d'autonomie de la volonté*.

٢- قواعد التنازع ذات الغاية المادية:

لا يكتفي المشرع هنا بتحديد القانون الواجب التطبيق بصورة آلية دون اعتبار للنتائج التي تترتب على تطبيقه، وإنما يهتم المشرع عند تحديده لقاعدة التنازع بتحقيق نتيجة مادية معينة ولكن من خلال قاعدة التنازع ذاتها، ولذلك سميت القاعدة في هذه الحالة بقاعدة التنازع ذات الغاية المادية *regle de conflit à finalité matérielle*.

من قبيل ذلك أن يحدد المشرع، من أجل التوصل إلى نتيجة مادية معينة وهي سلامة التصرف القانوني من حيث الشكل؛ عدة قوانين يكون تطبيق أحدها خاضع لاختيار نوي الشأن، بحيث أنه يكفي لسلامة التصرف من حيث الشكل اتباع الشكل المنصوص عليه في أحد هذه القوانين المحددة على سبيل الحصر، ومن هنا جاءت تسمية قاعدة التنازع التخييرية *regle de conflit alternative* ولا يؤثر على سلامة التصرف من حيث الشكل عدم اتباع الأشكال المنصوص عليها في القوانين الأخرى التي لم يتم اختيارها من قبل أطراف التصرف.

٣- تطبيق القانون الأكثر صلة بالعلاقة:

من الوسائل الفنية التي قيل بها لتلافي عيوب قاعدة التنازع التقليدية التي تتسم بالتجريد، ما نادى به الأستاذ لاجارد من ضرورة إسناد العلاقة إلى أوثق القوانين صلة بها. ويتم ذلك عن طريق دراسة كل حالة أو علاقة على حده بواسطة القاضي لتحديد قوانين

الدول التي تتصل بها العلاقة، ثم اختيار قانون الدولة الذي يشكل مركز الثقل في الرابطة^(٢).

وهكذا فإن ما يفرق بين منهج قاعدة التنازع التقليدية وبين المنهج الحالي أن هذا الأخير يعتبر مذهباً واقعياً يأخذ في الاعتبار - لتحديد مركز الثقل في العلاقة - كل العناصر المحيطة بالرابطة القانونية. أما المنهج التقليدي فإنه منهج تجريدي يحدد مسبقاً القانون الواجب التطبيق مفترضاً أن هذا القانون هو الأكثر صلة بالرابطة ولو لم يكن كذلك من حيث الواقع، وهو النقد الأساسي الذي وجه إلى المنهج التقليدي في تنازع القوانين.

ومن الملاحظ هنا أن قاعدة التنازع في ظل هذا المنهج تعتبر قاعدة مرنة لأنها ليست محددة مسبقاً حيث يتم تحديد القانون الواجب التطبيق عن طريق بحث كل حالة على حدة.

وعلى الرغم من منطقية هذا المنهج في تحديد القانون الواجب التطبيق، إلا أنه من الصعوبة بمكان تعميمه على كل الروابط القانونية. فإذا كان تطبيقه مقبولاً في بعض المجالات كما هو الحال بالنسبة للعقود إلا أن هناك نواحي أخرى يتعذر فيها أن تقبل الدولة الأخذ به - وهو ما يعترف به صاحب هذا المنهج صراحة^(٣) - كما هو الحال بالنسبة للأحوال الشخصية حيث أن هناك اعتبارات أقوى تتعلق بسيادة الدولة ومعتقداتها تؤدي إلى إعمال منهج قواعد التنازع المجردة التي تقوم على ضوابط الإسناد الثابتة والمحددة سلفاً.

ومن ناحية أخرى فإن منهج "القانون الأكثر صلة بالعلاقة" قد وُجّه إليه النقد على أساس أنه يتعارض مع فكرة التوقع المشروع للأطراف، ذلك التوقع الذي يقتضي أن يكون لدى الأطراف مسبقاً معرفة بالقانون الذي سيطبق على علاقتهم في حالة النزاع. على العكس من ذلك فإن منهج التنازع التقليدي يوفر للأطراف إمكانية معرفة القانون الذي سيتم تطبيقه مسبقاً، إذ إن ذلك يتوقف على معرفة ضابط الإسناد الثابت والذي يتحدد وفقاً له القانون الواجب التطبيق.

(٢) يعبر الأستاذ لاجارد عن ذلك بقوله:

"Un rapport de droit est régi par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits". V. Paul Lagarde: le principe de proximité dans le droit international privé contemporain, RCADI, tome 196, 1986, p.29.

(٣) انظر في هذا المعنى:

Paul Lagarde: Le principe de proximité ..., op. cit., p.31.

ج) موضوع البحث وأهميته:

بعد أن استعرضنا الوسائل التي قيل بها لعلاج عيوب قاعدة التنازع المزدوجة الجانب، فإن لنا أن نتساءل عن مدى كفايتها في علاج العيب الأساسي المصاحب لقاعدة التنازع المزدوجة والذي يتمثل في عدم إمكانية توقع الحلول وهو الأمر الذي يترتب على كون قاعدة التنازع تكفي مجرد الإشارة إلى القانون واجب التطبيق دون أن تهتم بمحتوى القانون المطبق.

لا شك أن الوسائل السابق الحديث عنها تساهم كثيراً في تقليص النقد الذي وجه إلى قاعدة التنازع المزدوجة الجانب. ومن الملاحظ أن الوسائل السابقة جميعاً تعمل من خلال قاعدة التنازع ذاتها، فهي - إذن - عبارة عن وسائل داخلية لعلاج قاعدة التنازع. على أن التساؤل يثور عن مدى إمكانية التغلب على عيوب قاعدة التنازع من الخارج، أو بمعنى آخر بواسطة وسائل لا تنتمي إلى قاعدة التنازع ذاتها. وعلى وجه التحديد هل يمكن للأطراف استبعاد تطبيق قاعدة التنازع أياً كان القانون الذي تشير إليه هذه القاعدة؟

هذا هو موضوع بحثنا الحالي والذي يدور حول دور إرادة الأطراف في علاج عيوب قاعدة التنازع المزدوجة الجانب وهو ما يطلق عليه "نظام الاتفاق الإجرائي". وإذا كانت الوسائل التي استعرضناها من قبل تقود إلى إمكانية تلافي بعض عيوب قاعدة التنازع المزدوجة إلا أنها وسائل تنتمي إلى قاعدة التنازع ذاتها، أي أن قاعدة التنازع هي التي تقررهما، أما في الاتفاق الإجرائي فإن الأمر يتعلق باستبعاد تطبيق قاعدة التنازع ذاتها من قبل الأطراف ذوي المصلحة في ذلك والمطالبة بتطبيق قانون آخر.

تقسيم الدراسة:

يمكن للأطراف استبعاد تطبيق قاعدة التنازع في مجال الحقوق التي يملكون التصرف فيها. ولذا يكون من المنطقي قبل أن نتعرض لنظام الاتفاق الإجرائي ذاته أن نستجلي فكرة قابلية الحقوق للتصرف باعتبارها مفتاح باب الدخول إلى نظام الاتفاق الإجرائي.

واستناداً إلى ما تقدم نقسم البحث على الوجه التالي:

الفصل الأول، مفهوم فكرة حرية التصرف في الحقوق.

الفصل الثاني، الاتفاق الإجرائي.

الفصل الأول

مفهوم فكرة حرية التصرف في الحقوق

نتحدث فيما يلي عن كيفية ظهور فكرة حرية التصرف في الحقوق (المبحث الأول)، كما نتعرض لتحديد القانون واجب التطبيق على قابلية أو عدم قابلية الحقوق للتصرف (المبحث الثاني)، ونتعرض أخيراً لفكرة حرية التصرف في الحقوق في مجال التحكيم الدولي (المبحث الثالث).

المبحث الأول

فكرة حرية التصرف

اتجه القضاء الفرنسي إلى تقرير قاعدة عدم التزام القاضي بتطبيق قاعدة التنازع عندما تشير إلى تطبيق قانون أجنبي. وقد بررت محكمة النقض الفرنسية ذلك في بداية الأمر باللجوء إلى فكرة النظام العام، ثم ظهرت بعد ذلك فكرة حرية التصرف في الحقوق كأساس لتحديد مسألة مدى الالتزام بتطبيق قاعدة التنازع (المطلب الأول). ولجلاء الوضع يتعين علينا بحث الأمر في بعض القوانين الأخرى لتحديد مدى اتفاقها مع القانون الفرنسي في هذا الشأن (المطلب الثاني).

المطلب الأول

مدى التزام القاضي بتطبيق قاعدة التنازع من تلقاء ذاته في فرنسا

اتجهت أحكام القضاء الفرنسي في البداية إلى تبرير قاعدة عدم التزام القاضي بتطبيق قاعدة التنازع من تلقاء ذاته استناداً إلى فكرة النظام العام "الفرع الأول"، ثم تبني القضاء فكرة حرية التصرف في الحقوق كأساس لتطبيق أو عدم تطبيق قاعدة التنازع "الفرع الثاني".

الفرع الأول

النظام العام كأساس لتبرير عدم إلزامية قاعدة التنازع

يتخذ القضاء الفرنسي موقفاً متشدداً إزاء مسألة التزام القاضي بتطبيق قاعدة التنازع خاصة عندما تشير إلى تطبيق قانون أجنبي. نتعرض فيما يلي لمسلك القضاء الفرنسي بالنسبة لمسألة الالتزام بتطبيق قاعدة التنازع، ثم للتبرير الذي استند إليه في ذلك.

(أ) مدى إلزامية قاعدة التنازع:

اتجه القضاء الفرنسي في بداية الأمر إلى الخلط بين مسألة تطبيق القانون الأجنبي ومسألة مدى إلزامية قاعدة التنازع. حيث لم يكن يتم التعرض بصفة منفصلة لهذه المسألة الأخيرة. ويعتبر الحكم الصادر من محكمة النقض الفرنسية سنة ١٩٥٩ هو الأول الذي وضع التفرقة بين هاتين المسألتين.

ويمكن في واقع الأمر التمييز بين عدة اتجاهات فيما يتعلق بمدى إلزامية قاعدة

التنازع:

- يوجد في هذا الشأن اتجاه قديم في الفقه الفرنسي يقرر التزام القاضي من تلقاء ذاته بتطبيق قاعدة التنازع، وأن على القاضي التزام بتطبيق القانون الأجنبي الذي تشير إليه قاعدة التنازع كما يلتزم بتطبيق القانون الوطني، بحيث أنه لا يجوز له استبعاد تطبيق القانون الأجنبي بحجة عدم استطاعة إقامة الدليل على محتواه أو عدم قيام الأطراف بتقديم الدليل على محتوى هذا القانون^(٤).

- على أن الاتجاه السابق لم يلاق القبول لدى أغلب الفقه الفرنسي، كما لم يتبنه القضاء نظراً لأنه يلقي عبئاً كبيراً على عاتق القاضي. وقد كان الوضع السائد أن قاعدة التنازع لها طابع الإلزام بالنسبة للقاضي عندما تشير إلى تطبيق القانون الوطني، أما إذا أشارت إلى تطبيق قانون أجنبي فلا يوجد التزام عليه بتطبيقها من تلقاء ذاته. ويستند هذا الاتجاه إلى أن القاضي الوطني لا يلتزم إلا بمعرفة أحكام قانون دولته، أما القوانين الصادرة من الدول الأخرى فإنها لا تكتسب طابع القانون بالنسبة للقاضي وإنما ينظر إليها باعتبارها أمور واقعية *des faits* قابلة للإثبات وإقامة الدليل على محتواها مثلها مثل أية واقعة تعرض على القاضي أثناء نظر النزاع.

ويترتب على النظر إلى مسألة تطبيق القانون الأجنبي على أنه مسألة واقعة، أنه يمكن للأطراف المطالبة بتطبيق القانون الأجنبي لأول مرة أمام محكمة الاستئناف

(٤) يقرر في هذا المعنى الفقيه الفرنسي Motulsky أن:

“La loi étrangère étant du droit au regard de l'office du juge, ce dernier est obligé d'appliquer la loi compétente quand bien même les parties ne l'y inviteraient point, sous réserve cependant des droits de la défense, qui l'obligent, le cas échéant, à interpellier les plaideurs”. V. Henri Motulsky: L'office du juge et la loi étrangère, Mélanges Jacques Maury, tome I, Dalloz, 1960, p.375.

رغم عدم المطالبة بذلك أمام محكمة أول درجة، إلا أنه لا يجوز لهم ذلك أمام محكمة النقض.

وإذا كانت محكمة النقض الفرنسية ترفض على الدوام نظر تطبيق القانون الأجنبي طالما أنه لم يتم التمسك بتطبيقه أمام قاضي الموضوع، إلا أنها تقبل نظر مخالفة تطبيق قاعدة التنازع. ولا شك أن هذا الوضع يوضح بجلاء أننا أمام مسألتين لا يجوز الخلط بينهما: مسألة التزام القاضي بإعمال قاعدة التنازع ومسألة تطبيق القانون الذي تشير إليه هذه القاعدة. وقد وضع القضاء الفرنسي المبدأ الذي يقضي بالترام القاضي الفرنسي بتطبيق قاعدة التنازع من تلقاء ذاته دون أن يلتزم مع ذلك بتطبيق القانون الأجنبي الذي تشير إليه هذه القاعدة^(٥).

(ب) تبرير التطبيق الاختياري لقاعدة التنازع عن طريق اللجوء إلى فكرة النظام العام:

في الحكم الشهير الصادر عنها بتاريخ ١٢ مايو ١٩٥٩ (حكم ببسبال)، استخدمت محكمة النقض الفرنسية فكرة النظام العام لتفسير عدم وجود الترام على القاضي بتطبيق قاعدة التنازع من تلقاء ذاته، ذلك أن قواعد التنازع لا تتعلق بالنظام العام طالما أنها تشير إلى تطبيق قانون أجنبي، ويتعين بالتالي على الأطراف المطالبة بتطبيقها أمام قاضي الموضوع، ومن ثم فإن هذا الأخير لا يلتزم بتطبيقها من تلقاء ذاته^(٦).

على أنه من الملاحظ أن مسلك محكمة النقض الفرنسية قد تغير بعض الشيء في السنة التالية لصدور حكمها في قضية ببسبال، حيث أصدرت حكماً في قضية شيموني Chemouny قررت فيه أنه يمكن لمحكمة الاستئناف أن تبحث من تلقاء

(٥) انظر في تفصيل ذلك:

Bénédicte fauvarque-Cosson: Libre disponibilité des droits et conflits de lois, LGDJ, Paris, 1996, p.22 et s.

(٦) قضت محكمة النقض الفرنسية في قضية ببسبال Bisbal أن:

“Les règles françaises de conflit de lois, en tant du moins qu’elles prescrivent l’application d’une loi étrangère, n’ont pas un caractère d’ordre public. en ce sens qu’il appartient aux parties d’en réclamer l’application et qu’on ne peut reprocher aux juges du fond de ne pas appliquer d’office la loi étrangère et de faire, en ce sens, appel à la loi interne française laquelle a vocation à régir tous les rapports de droit privé”. V. Cass. Civ. 12 mai 1959, in: Bertrand Ancel et Yves Lequette: Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé, 4^e édition, Paris, Dalloz, 2001, p. 292.

ذاتها نصوص القانون الأجنبي واجب التطبيق ولو لم يطلب الأطراف ذلك^(٧). ومعنى هذا أنه يمكن لقاضي الموضوع تطبيق قاعدة التنازع من تلقاء ذاته عندما تشير بتطبيق قانون أجنبي وأن يقوم بتطبيق هذا القانون الأجنبي دون أن يكون ملتزماً بذلك، فالأمر يتعلق إذن بسلطة تقديرية للمحكمة في أن تطبق من تلقاء ذاتها القانون الأجنبي.

وهكذا فقد خففت محكمة النقض الفرنسية من موقفها المتشدد المستمد من حكم ببسبال تجاه مسألة مدى التزام القاضي بتطبيق قاعدة التنازع من تلقاء ذاته. فعلى الرغم من تأكيد الاتجاه العام من عدم وجود التزام حقيقي على قاضي الموضوع إلا أنه صار بإمكان هذا الأخير التعرض من تلقاء ذاته لتطبيق القانون الأجنبي الذي أشارت إليه قاعدة التنازع الوطنية.

على أن الذي يهمنا هنا هو التعرض لتبرير عدم التزام القاضي بتطبيق قاعدة التنازع، فقد ذكرنا أن المحكمة العليا الفرنسية قد فسرت ذلك بالقول بأن قواعد تنازع القوانين الفرنسية لا تتعلق بالنظام العام. على أن هذا التبرير لا يعد مقنعاً في واقع الأمر. ذلك أن القول بعدم تعلق قواعد التنازع بالنظام العام يقتضي الأخذ به كقاعدة عامة أياً كان القانون الذي تشير إليه قاعدة التنازع. وهذا ما لم تفعله المحكمة العليا حيث فرقت بين الحالة التي تشير فيها قاعدة التنازع إلى تطبيق القانون الفرنسي وفيها يلتزم القاضي بتطبيق قاعدة التنازع وبين تلك التي تشير فيها إلى تطبيق قانون أجنبي وفيها لا يلتزم القاضي بتطبيق القانون الأجنبي.

وينتقد بعض الفقه الفرنسي اللجوء إلى فكرة النظام العام في هذا الشأن، لأن تعلق القاعدة بالنظام العام أمر يتعلق بالأطراف وليس بالقاضي، بمعنى أنه يمكن للأطراف الاتفاق على تطبيق قانون آخر غير ذلك الذي تحدده قاعدة التنازع، أما القاضي فإنه يلتزم بتطبيق قاعدة التنازع من تلقاء ذاته في جميع الحالات وأياً كان القانون الذي تشير إليه قاعدة التنازع^(٨).

(٧) في حكمها الصادر بتاريخ ٢ مارس ١٩٦٠ قضت محكمة النقض الفرنسية بأن:

“IL est loisible aux juges du fond de procéder eux-mêmes à la recherche et de préciser les dispositions du droit étranger compétent”. V. Cass. Civ. 2 mars 1960 in: Bertrand Ancel et Yves Lequette: Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé, op. cit., p.294 et s.

(٨) انظر في هذا المعنى:

Henri Moutulsky: L'office du juge et la loi étrangère, op. cit., p. 382.

وقد أسهمت الانتقادات السابقة في الزوال التدريجي لفكرة النظام العام كأساس لتطبيق قاعدة التنازع، وأن يحل محلها فكرة أخرى هي فكرة حرية التصرف في الحقوق والتي نتعرض لها في الفرع القادم.

الفرع الثاني

حلل معيار قابلية الحقوق للتصرف محل فكرة النظام العام

ونتعرض فيما يلي لفكرة حرية التصرف في الحقوق كأساس لتبرير مدى إلزامية القاضي بتطبيق القانون الأجنبي الذي تشير إليه قاعدة التنازع الوطنية، ثم نتعرض لتقدير هذه الفكرة.

(أ) فكرة حرية التصرف في الحقوق كأساس لتبرير مدى إلزامية القاضي بتطبيق قاعدة التنازع من تلقاء ذاته:

يمكن القول بأن القضاء الفرنسي قد مر بتطور على عدة مراحل يتعلّق بمدى إلزامية قاعدة التنازع بالنسبة للقاضي، وذلك على التفصيل التالي:

١- المرحلة الأولى، الطابع الاختياري لقاعدة التنازع:

يمكن القول بأن الحكم الصادر من محكمة النقض الفرنسية سنة ١٩٥٩ في قضية بيسبال قد أرسى قاعدة عدم وجود التزام حقيقي على القاضي بتطبيق قاعدة التنازع في الحال التي تشير فيها هذه القاعدة إلى تطبيق قانون أجنبي. ففي هذه الحالة لا يلتزم القاضي بتطبيق القانون الأجنبي من تلقاء ذاته بل يتعين أن يتمسك الأطراف بذلك وإلا فإن القاضي يطبق القانون الفرنسي صاحب الاختصاص المساعد la compétence subsidiaire طالما لا يوجد قانون آخر قابل للتطبيق.

وقد ظل القضاء الفرنسي ملتزماً خلال مدة طويلة بما قرره حكم بيسبال لأن فيه تخفيف العبء على السلطة القضائية في أعمال قواعد تنازع القوانين.

وقد سبق لنا أن ذكرنا أن المحكمة العليا الفرنسية كانت تفرق بين حالة تطبيق القانون الوطني حيث تتعلق قاعدة التنازع بالنظام العام وحالة تطبيق قانون أجنبي حيث لا تتعلق قاعدة التنازع بالنظام العام وهو الأمر الذي يبرر عدم وجود التزام على قاضي الموضوع بتطبيق القانون الأجنبي من تلقاء ذاته.

على أنه من الملاحظ أن محكمة النقض الفرنسية قد أصدرت حكماً بتاريخ ٩ مارس ١٩٨٣ قضت فيه بالربط بين مسألة إلزامية قاعدة التنازع وبين المصدر والمجال الذي تتعلق به قاعدة التنازع ووفقاً لهذا الحكم تكتسب قاعدة التنازع الطابع الإلزامي بالنسبة للقاضي إذا كان مصدرها معاهدة دولية أو كانت قاعدة التنازع تتعلق بإحدى القواعد الأمرة.

ويستفاد من ذلك أن قاعدة التنازع لا تكون ملزمة للقاضي في حالتين: تتعلق الأولى بقواعد التنازع ذات المصدر غير التعاهدي مثل قواعد التنازع الوطنية. أما الحالة الثانية فهي تتعلق بالقواعد الأمرة التي يكون للأطراف فيها حرية التصرف في الحقوق كما هو الحال في المجال التعاقدية حيث يمكن للأطراف الاتفاق على تحديد القانون واجب التطبيق، فإذا وجد هذا الاتفاق يلتزم القاضي به ولا يطبق القانون الذي تشير إليه قاعدة التنازع.

ويستخلص مما سبق أن تحديد مدى التزام القاضي بقاعدة التنازع لم يعد مرتبطاً بالتمييز بين الطابع الوطني أو الأجنبي للقانون الذي تشير إليه قاعدة التنازع، وإنما صار مرتبطاً بطبيعة المسألة التي تتعلق بها قاعدة التنازع. وبمعنى آخر ظهرت فكرة التصرف في الحقوق كأساس لتحديد التزام القاضي بتطبيق قاعدة التنازع.

- فهذه القاعدة الأخيرة تكون ملزمة للقاضي عندما يتعلق الأمر بقاعدة أمرة، وفي هذه الحالة لا يملك الأطراف التصرف في الحقوق فلا يمكنهم التنازل عن تطبيق القانون الذي تشير إليه قاعدة التنازع والتمسك بتطبيق قانون آخر لأن الأمر يتعلق بقاعدة أمرة.

- ويكون لقاعدة التنازع طابع اختياري بالنسبة للقاضي إذا تعلق بمسألة يمكن للأطراف فيها التنازل عن تطبيق القانون المشار إليه والمطالبة بتطبيق قانون آخر. ومعنى ذلك أن فكرة التمسك بالحقوق من قبل الأطراف ترتبط ارتباطاً وثيقاً بالطابع الاختياري لقاعدة التنازع.

٢- المرحلة الثانية، إلزام القاضي بتطبيق قاعدة التنازع:

عدلت محكمة النقض الفرنسية عن موقفها السابق الذي عبرت عنه في حكم ببسبال والأحكام التالية لها والذي كان يأخذ بالطابع الاختياري لقاعدة التنازع، مع وضع بعض الاستثناءات على ذلك تتعلق - كما سبق أن ذكرنا - بمصدر قاعدة

التنازع في المعاهدات وتتعلق بحالة تعلق قاعدة التنازع بالحقوق التي لا يملك الأطراف التصرف فيها.

ففي حكمين صادرين من محكمة النقض الفرنسية في عامي ١٩٨٦ و ١٩٨٧ قضت بوضع قاعدة عامة مؤداها التزام القاضي بتطبيق قاعدة التنازع من تلقاء ذاته.

وقد تعلق الحكم الأول - الصادر بتاريخ ٢٥ نوفمبر ١٩٨٦^(٩) - بدعوى بنوة طبيعية وفقاً لنص المادة ٣١١-١٦ من القانون المدني والتي تضع قاعدة تنازع تمييزية ذات غاية مادية تهدف إلى كفالة التوصل إلى صحة البنوة.

أما الحكم الثاني الصادر بتاريخ ٢٥ مايو ١٩٨٧ فإنه يتعلق بقاعدة التنازع الخاصة بالتطبيق وفقاً لنص المادة ٣١٠ من القانون المدني وعابت فيه المحكمة العليا على قاضي الموضوع عدم تطبيق القانون الأسباني من تلقاء ذاته وهو قانون كل من الزوجين^(١٠).

وإذا كانت محكمة النقض الفرنسية قد أقرت في البداية مبدأ التزام القاضي بتطبيق قاعدة التنازع من تلقاء ذاته في مجالات محددة وهي البنوة والطلاق في الحكمين السابقين المشار إليهما، إلا أنها قد قامت بتعميم هذا المبدأ في الحكمين الشهيرين الصادرين عنها بتاريخ ١١ و ١٨ أكتوبر ١٩٨٨.

(٩) قضت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر بتاريخ ٢٥ نوفمبر ١٩٨٦ بأن:

«En ne recherchant pas au besoin d'office, si une enfant n'avait pas été légitimée selon la loi tunisienne, loi personnelle du père, alors l'article 311-16 du code civil dispose que le mariage emporte légitimation lorsque, au jour où l'union est célébrée, cette conséquence est admise soit par la loi régissant les effets du mariage, soit par la loi personnelle d'un des époux, soit par la loi personnelle de l'enfant et qu'en vertu de l'article 12, alinéa 1^{er}, du nouveau code de procédure civile le juge doit trancher le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables, une cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision». V. Cass. Civ. 25 novembre 1986. la Semaine Juridique, 1988, 11, 20967.

(١٠) وفقاً لحكم النقض الفرنسي الصادر بتاريخ ٢٥ مايو ١٩٨٧ قضت المحكمة بأن:

«Violé les articles 310 du code civil et 12 du nouveau code de procédure civile l'arrêt qui déclare irrecevable en tant que fondée sur le code civil français la demande en divorce de deux époux espagnols dont un seul est domicilié en France. Le juge français ne peut, en effet, s'abstenir de faire application de la loi espagnole qui se reconnaît compétente même si cette loi n'était pas invoquée par la demanderesse et ne l'était par le défendeur que pour faire écarter une demande fondée sur le droit français». V. Cass. Civ. 25 mai 1987, clunet, 1987, p.927.

- وبالنسبة للحكم الأول فهو يتعلق بدعوى الأبوة الطبيعية التي أقامتها سيدة جزائرية ضد زوجها الجزائري أيضاً، وقد قامت محكمة الاستئناف بتطبيق القانون الفرنسي وتجاهلت تطبيق القانون الجزائري وهو القانون واجب التطبيق وفقاً لنص المادة ٣١١-١٤ من القانون الفرنسي. وقد تم نقض حكم الاستئناف من قبل محكمة النقض استناداً إلى وجود التزام على المحكمة بتطبيق قاعدة التنازع دون حاجة لأن يطلب الأطراف ذلك^(١١).

- أما الحكم الثاني فإنه يتعلق كذلك باستبعاد تطبيق القانون السويسري من قبل محكمة الاستئناف على عقد هبة مبرمة من قبل الأب لمصلحة امرأة ضد مصلحة ابنته وهي الوريثة الوحيدة له. وقد قامت محكمة الاستئناف بتطبيق القانون الفرنسي مع أن قاعدة التنازع تقضي بتطبيق قانون آخر موطن للمتوفي الذي كان مقيماً في سويسرا^(١٢).

(١١) في الحكم الشهير الصادر بتاريخ ١١ أكتوبر ١٩٨٨، قضت محكمة النقض الفرنسية في قضية Rebout بأن:

“En déboutant une mère algérienne de son action en recherche de paternité par application de la loi française sans rechercher d’office quelle suite devait être donnée à cette action en application de la loi algérienne, loi personnelle de la mère, alors que l’article 311-14 du code civil donne compétence à celle-ci et que l’article 12 du nouveau code de procédure civile oblige le juge à trancher le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables, une cour d’appel a violé les textes susvisés”. V. Cass. Civ. 11 octobre 1988 in: Bertrand Ancel et Yves Lequette: Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé, op. cit., p.684.

(١٢) وفي حكمها الصادر بتاريخ ١٨ أكتوبر ١٩٨٨ قضت محكمة النقض الفرنسية في قضية Schule بأن:

“En annulant une donation déguisée consentie par un de cujus domicilié en Suisse, par application de la loi française, sans rechercher, au besoin d’office quelle suite devait être donnée à cette action en application de la loi helvétique alors qu’en vertu des principes du droit international privé les libéralités entre vifs sont soumises à la loi successorale, c’est-à-dire s’agissant d’une succession mobilière à la loi du dernier domicile du défunt ... et alors que l’article 12 du nouveau code de procédure civile oblige le juge à trancher le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables, une cour d’appel a violé les textes et principes susvisés”. V. Cass. Civ. 18 octobre 1988 in: Bernard Ancel et Yves Lequette: Grands arrêts de la jurisprudence française de international privé, op. cit., p.585.

- وتجدر الإشارة إلى أن معيار قابلية الحقوق للتصرف لا يعتد به في هذه المرحلة الثانية لأن قاعدة التنازع ليس لها طابع اختياري بالنسبة للقاضي، فهذا الأخير يلتزم بتطبيقها من تلقاء ذاته دون أن يكون هناك مجال لتعليق تطبيق قاعدة التنازع على فكرة الحقوق التي يملك الأطراف التصرف فيها. ولهذا فقد سبق لنا القول بأن ظهور فكرة قابلية الحقوق للتصرف - كمعيار يحدد مدى التزام القاضي بتطبيق قاعدة التنازع - يرتبط ارتباطاً وثيقاً بالطابع الاختياري وليس الإلزامي لقاعدة التنازع.

٣- المرحلة الثالثة، العودة إلى الطابع الاختياري لقاعدة التنازع المقرر في

حكم بيسبال:

لم تستمر المرحلة السابقة مدة طويلة، فقد أصدرت محكمة النقض الفرنسية في ٤ ديسمبر ١٩٩٠ حكماً قلبت رأساً على عقب ما سبق أن قررته في الحكمين الصادرين عنها سنة ١٩٨٨، وهما الحكمان اللذان ذاع صيتهما لدى الفقه الفرنسي الذي اعتبرهما بمثابة ثورة محمودة من قبل المحكمة العليا.

تتعلق وقائع الدعوى بقيام شركة كوفيكو الفرنسية بالاتفاق مع شركة فيسول الفرنسية أيضاً على قيام هذه الأخيرة بنقل شحنة من اللحوم إلى أسبانيا. ولم تستطع هذه الأخيرة تنفيذ العقد نظراً لرفض السلطات الأسبانية دخول الشحنة إليها بسبب عدم صلاحيتها بعد أن تلفت نتيجة سوء التخزين والحفظ في الشاحنات الخاصة بالشركة الناقلة لهذه اللحوم.

وقد قامت شركة كوفيكو برفع الدعوى للحصول على التعويض من الشركة الناقلة إلا أن محكمة بيسونسون الفرنسية رفضت هذه المطالبة لأن الشركة المدعية قد حصلت على التعويض من شركة التأمين على البضاعة.

وقد طعننت شركة كوفيكو في الحكم أمام محكمة النقض الفرنسية وطالبت بتطبيق القانون الهولندي وهو القانون واجب التطبيق على عقد التأمين بغية التوصل إلى تأكيد صفتها في الحصول على التعويض نيابة عن شركة التأمين. وقد رفضت المحكمة العليا الفرنسية المطالبة بتطبيق القانون الهولندي لأن الشركة المدعية لم تتمسك أمام قاضي الموضوع بهذا القانون في حين أنه كان يمكنها التمسك بتطبيقه لأن الأمر يتعلق بحق من الحقوق التي يملك الأطراف التصرف فيها^(١٣).

(١٣) وفقاً لحكم الصادر Coveco بتاريخ ٤ ديسمبر ١٩٩٠ قررت محكمة النقض الفرنسية أن:

ويستفاد من هذا الحكم أن المحكمة العليا الفرنسية قد أقرت من ناحية العودة إلى النظام القديم من حيث عدم التزام قاضي الموضوع بتطبيق قاعدة التنازع من تلقاء ذاته عندما يتعلق الأمر بتطبيق قانون أجنبي^(١٤)، كما ظهرت مرة أخرى فكرة الحقوق التي يملك الأطراف التصرف فيها كمعيار لتطبيق قاعدة التنازع.

ويرى بعض الفقه مع ذلك أن هناك فروق بين حكم كوفيكو عن الحكم السابق صدوره من محكمة النقض الفرنسية في قضية بيسبال على الرغم من كونهما يندرجان في إطار واحد وهو تقرير عدم التزام القاضي بتطبيق قاعدة التنازع من تلقاء ذاته. فمن ناحية اتجهت المحكمة العليا في حكم بيسبال إلى التفرقة بين ما إذا كانت قاعدة التنازع تشير إلى تطبيق القانون الوطني أو على العكس تشير بتطبيق قانون أجنبي، إذ إنه في هذه الحالة الأخيرة فقط، يكون لقاعدة التنازع طابع اختياري بالنسبة للقاضي، أما حكم كوفيكو فلم يأخذ بهذه التفرقة وإنما أخذ بالتفرقة بين الحالة التي تكون قاعدة التنازع مصدرها القانون الوطني فيكون انطباقها غير إلزامي وحالة قاعدة التنازع المنصوص عليها في معاهدة دولية والتي يتعين على القاضي تطبيقها من تلقاء ذاته.

ومن ناحية أخرى بررت المحكمة العليا في فرنسا عدم التزام القاضي بتطبيق قاعدة التنازع استناداً إلى فكرة النظام العام وذلك في حكم بيسبال، أما في حكم كوفيكو فقد حلت فكرة قابلية الحقوق للتصرف محل فكرة النظام العام^(١٥).

وتجدر الإشارة إلى أنه يستفاد من بعض الأحكام الحديثة لمحكمة النقض الفرنسية وجود اتجاه يفرض على القاضي تطبيق القانون الأجنبي طالما أن القاضي

== "Lorsque les parties n'ont pas invoqué d'autres lois que celles spécialement tirées du droit français en une matière qui n'est soumise à aucune convention internationale et où elles ont la libre disposition de leurs droits, il ne saurait être reproché aux juges du fond de ne pas avoir procédé d'office à la recherche de la loi applicable au fond". V. Cass. civ. 4 décembre 1990 in: Bertrand Ancel et Yves Lequette: Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé, op. cit., p.689.

(١٤) يقرر البعض في هذا الشأن أن:

"Le juge français aime mieux la loi française que la loi étrangère". V. Cyrille David: La loi étrangère devant le juge du fond, Dalloz, 1965, p. 15.

(١٥) انظر في تفصيل ذلك:

Bénédicte Fauvarque-Cosson: Libre disponibilité des droits et conflits de lois, op. cit., p. 34 et s.

قد قرر أنه هو الواجب التطبيق^(١٦). على أنه سرعان ما تذهب المحكمة العليا الفرنسية إلى خلاف هذا حيث تعود إلى تأكيد عدم وجود التزام على عاتق قاضي الموضوع بتطبيق قاعدة التنازع من تلقاء ذاته. من قبيل ذلك الحكم الصادر عن محكمة النقض الفرنسية في ٢٦ مايو ١٩٩٩، والذي لم تنف فيه على قاضي الموضوع تطبيقه للقانون الفرنسي في حالة لم يتمسك فيها الأطراف بتطبيق القانون الأجنبي المختص^(١٧).

(ب) تقديرنا لفكرة حرية التصرف في الحقوق:

يتبنى القضاء الفرنسي التفرقة بين الحقوق التي يملك الأطراف التصرف فيها les droits disponibles والحقوق غير قابلة التصرف فيها - les droits non-disposables. ففي هذا النوع الأخير من الحقوق يلتزم القاضي بتطبيق القانون الأجنبي من تلقاء ذاته دون حاجة لتمسك الخصوم بتطبيقه. أما بالنسبة للحقوق التي يملك الأطراف التصرف فيها فلا يطبق مبدأ التزام القاضي بتطبيق القانون الأجنبي إلا في حالة تمسك ذوي الشأن بتطبيق القانون الأجنبي.

ففي مجال مسائل حقوق الأسرة les droits de la famille لا يملك الأطراف التصرف في الحقوق المتعلقة بها، ومن ثم يلتزم فيها القاضي بتطبيق القانون الأجنبي من تلقاء ذاته.

وتستند هذه التفرقة إلى القول بأنه طالما أن الأطراف لهم حرية التصرف في الحقوق فإن بإمكانهم أن يتنازلوا صراحة عن تطبيق القانون الأجنبي، فيقوم القاضي

(١٦) من قبيل ذلك الحكم الصادر من محكمة النقض الفرنسية بتاريخ ٢٧ يناير ١٩٩٨ والذي وفقاً له:

“il appartient au juge qui déclare applicable une loi étrangère de procéder à sa mise en oeuvre, et, spécialement, d'en rechercher la teneur”. V. Horatia muir Watt: obligation du juge de rechercher la teneur de la loi étrangère qu'il déclare applicable, la Semaine Juridique, édition générale, n°25, II 10098, p.1109.

(١٧) قضت محكمة النقض الفرنسية في هذا الحكم بأن:

“Lorsque les parties n'ont pas invoqué d'autres lois que celles spécialement tirées du droit français en une matière qui n'est soumise à aucune convention internationale et où elles ont la libre disposition de leurs droits, il ne saurait être reproché aux juges du fond de ne pas avoir procédé d'office à la recherche de la loi applicable au fond”. V. cour de cassation, 26 mai 1999, in: B. Ancel et Yves Lequette: Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé, op. cit., p.684.

بتطبيق القانون الوطني، وذلك تطبيقاً لنص المادة ٣/١٢ من قانون الإجراءات المدنية الفرنسية^(١٨).

وفي الحقيقة فإن هذا التبرير غير مقنع ذلك أن مسألة قابلية الحقوق للتصرف فيها تعد مسألة متعلقة بالأطراف وليس لها علاقة بمسألة التزام القاضي بتطبيق القانون الأجنبي^(١٩)، فلماذا يتم تعليق هذه المسألة على إرادة الأطراف؟

كما أنه من الملاحظ صعوبة التفرقة بين الحقوق التي يمكن التصرف فيها والحقوق التي لا تقبل التصرف فيها، ولهذا فإن الأمر قد يختلط على القاضي، بل وقد يعتمد هذا الأخير - تحت ستار التفرقة بين هذين النوعين من الحقوق - إلى تطبيق قانون دولته بحكم سهولة الرجوع إليه وذلك في مجال يدخل ضمن الحقوق التي ليس للأطراف حرية التصرف فيها.

ويثور التساؤل في هذا المقام عن القانون واجب التطبيق على قابلية الحقوق للتصرف. فهل يتم تحديد مدى تعلق الأمر بحق من الحقوق التي يملك الأطراف التصرف فيها *les droits disponible* أو على العكس بحق غير قابل للتصرف *un droit indisponible* بالرجوع إلى قانون القاضي *la lex fori* أم إلى القانون الذي يحكم موضوع الرابطة القانونية *la lex causae*؟

ليس من السهل في الواقع الإجابة على هذا التساؤل، ويرجع ذلك إلى أن هناك اعتبارات قوية في صالح تطبيق القانون الذي يحكم موضوع الرابطة القانونية لأن تحديد مدى قابلية الحقوق للتصرف إنما يتعلق بجوهر الحقوق التي تخضع للقانون الواجب التطبيق على الموضوع^(٢٠). على أن هناك اعتبارات أخرى تعود إلى تطبيق قانون القاضي في هذا الشأن استناداً إلى أننا إزاء عملية تكييف *une qualification*

(١٨) تنص المادة ٣/١٢ من قانون الإجراءات المدنية الفرنسية على أن:

«Le juge ne peut changé le dénomination ou le fondement juridique lorsque les parties, en vertu d'un accord exprès et pour les droits dont elles ont la libre disposition l'ont lié par les questions et points de droit auxquelles elles entendent limiter le débat».

(١٩) انظر في هذا المعنى:

Batiffol et Lagarde: Droit international privé, tome I, 8^e edition, LGDJ, Paris, 1993. p.535.

(٢٠) يقرر الأستاذ الفرنسي P. Mayer في هذا الشأن أن:

«La question de la libre disposition touche à la substance des droits». V.P. Mayer: Droit international privé, 1994. n° 187.

ومن المعروف أن التكييف يخضع لقانون دولة القاضي. ولا يتصور من الناحية المنطقية أن يطبق على قابلية الحقوق للتصرف غير قانون القاضي، لأن تحديد قابلية الحقوق للتصرف يعتبر أمراً لا بد منه لتحديد مسألة مدى التزام القاضي بتطبيق القانون الأجنبي من تلقاء ذاته: فإذا تعلق الأمر بحق لا يملك الأطراف التصرف فيه كان من الواجب على القاضي تطبيق القانون الأجنبي الذي تشير إليه قاعدة التنازع الوطنية، أما إذا تعلق الأمر بحق يملك الأطراف التصرف فيه فلا إلزام على القاضي بتطبيق القانون الأجنبي إلا إذا تمسك الأطراف بذلك وأقاموا الدليل على محتوى القانون الأجنبي.

وتجدر الإشارة إلى أن التفرقة التي يأخذ بها القضاء الفرنسي بين الحقوق التي يملك الأطراف التصرف فيها وتلك التي تكون غير قابلة للتصرف، هذه التفرقة تتعارض مع قواعد الاختصاص القضائي الأوروبية في مجال الالتزامات التعاقدية. ذلك أن المادة الخامسة من معاهدة بروكسل المبرمة بتاريخ ٢٧ سبتمبر ١٩٦٨ تنص على أن "يمكن إقامة الدعوى على المدعى عليه - الذي له موطن في إحدى الدول الأوروبية الأطراف في المعاهدة - أمام محاكم الدولة التي يكون الالتزام - محل الدعوى - قد نفذ أو كان واجب التنفيذ بها"^(٢١).

ووفقاً لقضاء محكمة العدل الأوروبية^(٢٢) وكذلك قضاء محكمة النقض الفرنسية^(٢٣) فإن تحديد مكان تنفيذ الالتزام المتنازع عليه يتم بالرجوع إلى القانون الذي يحكم هذا الالتزام وفقاً لقواعد تنازع القوانين في الدولة التي تقام بها الدعوى. وموody هذا أن القاضي المقامة أمامه الدعوى عندما يحدد المكان الذي نفذ به الالتزام يلتزم في نفس الوقت ببحث محتوى القانون الذي يحكم موضوع التصرف لتحديد مكان تنفيذ الالتزام.

(٢١) تنص المادة الخامسة من معاهدة بروكسل على أن:

“Le défendeur domicilié sur le territoire d'un Etat contractant pouvait être attiré devant le tribunal du lieu où l'obligation qui sert de base à la demande a été doit être exécutée”.

(٢٢) من قبيل ذلك حكم محكمة العدل الأوروبية بتاريخ ٦ أكتوبر ١٩٧٦ انظر:

CJCE, 6 octobre 1976, Revue critique de droit international privé, 1979, p. 751.

(٢٣) من قبيل ذلك حكم الدائرة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ ٨ فبراير و ٢٧ يونيو ٢٠٠٠

انظر:

Civ.. 8 février et 27 juin 2000, Revue critique de droit international privé. 2001, p. 148.

يستفاد مما تقدم أن تحديد القانون الذي يحكم موضوع الالتزام *la lex causae* يعتبر أمراً لازماً لتحديد مكان تنفيذ الالتزام وهو المعيار الذي يتوقف عليه تحديد المحكمة المختصة بنظر الدعوى. وطالما أن الأمر كذلك من غير الملائم أن يترك تحديد مصير قاعدة التنازع في الدولة التي تقام بها الدعوى لمحض إرادة الأطراف عندما يتعلق الأمر بحق من الحقوق القابلة للتصرف. فبينما يتعين على القاضي كي يحدد اختصاصه بنظر النزاع أن يبحث محتوى القانون الأجنبي واجب التطبيق وفقاً لقاعدة التنازع الوطنية في المجال التعاقدية، نجد أنه عندما يفصل في موضوع النزاع عليه الرجوع إلى إرادة الأطراف لتحديد القواعد القانونية الواجبة التطبيق على موضوع النزاع.

وإذا رجعنا إلى الفقه الفرنسي لتحديد موقفه من تلك التفرقة بين الحقوق القابلة للتصرف وتلك غير القابلة له نجد أن هناك جانباً من الفقه يتبنى الأخذ بها. فالأستاذ الفرنسي باتيفول يرى - وقت صدور حكم النقض الفرنسي في قضية بيسبال - أن تدخل القاضي الفرنسي ينبغي أن يفرض في الحالات التي لا يملك الأطراف فيها الخروج على القانون "الحقوق غير القابلة للتصرف"^(٢٤) كما أن البعض يؤيد هذا الوضع بالقول أن موقف محكمة النقض الفرنسية الذي يتعلق بعدم تطبيق القضاء لقاعدة التنازع من تلقاء ذاته يؤدي إلى خلق قواعد تنازع اختيارية *des règles de conflit alternatives* لصالح الأطراف^(٢٥).

على أن هذا القول تعوزه الدقة، ذلك أنه في واقع الأمر لا يمكن القول بأن من مصلحة الأطراف عدم إلزام القاضي بتطبيق قاعدة التنازع من تلقاء ذاته، ذلك أن تحقيق هذه المصلحة على نحو أكيد يتطلب أن يكون لدى الأطراف العلم اليقيني

(٢٤) انظر:

H. Batiffol, note sous Civ., 12 mai 1959, *Revue critique de droit international privé*, 1959, p. 66.

(٢٥) قيل في ذلك أن:

"La cour de cassation, en admettant la non-application d'office de la règle de conflit en certaines hypothèses, crée implicitement mais nécessairement des règles de conflit alternatives non plus au gré du législateur mais de celui des plaideurs".

V. Jacques Foyer: *Les vicissitudes contemporaines de la règle de conflit de lois*. in clés pour le siècle, Droit et science politique. information et communication, sciences économiques et de gestion, Dalloz. 2000, p. 149.

بإمكانية الاختيار بين تطبيق أحد قانونين: القانون الأجنبي الذي تشير إليه قاعدة التنازع والقانون الوطني للقاضي المعروض عليه النزاع^(٢٦). ولا شك أن هذا العلم لا يتوافر في غالب الحالات لأن الوضع الغالب أن الأطراف لا يعلمون بوجود تمسكهم بالقانون الأجنبي لإمكانية تطبيقه من قبل القاضي. وقد يعلم أحد الطرفين فقط دون الآخر بفائدة أو ضرر تطبيق القانون الأجنبي بالنسبة له نتيجة علمه بمحتوى القانون الأجنبي بينما لا تكون لدى الطرف الآخر الوسائل التي تمكنه من معرفة محتوى هذا القانون، ومن ثم فإن مصير تطبيق قاعدة التنازع من عدمه يكون بيد طرف واحد فقط. وغني عن البيان أنه حتى في الأحوال النادرة التي يكون فيها في مقدور كلا الطرفين العلم اليقيني بمحتوى القانون الأجنبي وأن من حقهم الاختيار بينه وبين قانون القاضي، فإنه ليس من المناسب أن يعلق تطبيق قواعد التنازع على إرادة الأطراف بل ينبغي أن يكون هذا التطبيق إلزامياً بالنسبة للقاضي ولا يعلق هذا على مسلك الأطراف.

وللتدليل على صحة ما نقوله فإننا نرى مع البعض بأن عدم إلزام القاضي بتطبيق قاعدة التنازع من تلقاء ذاته أمر يتعارض مع نص المادة ١٢ من قانون المرافعات المدنية الفرنسية الذي يقرر أن "القاضي يفصل في النزاع المعروض أمامه طبقاً للقواعد القانونية الواجبة التطبيق"^(٢٧). ويستفاد من هذا النص أنه يتعين على القاضي تطبيق قاعدة التنازع من تلقاء ذاته حتى ولو تعلق الأمر بحق من الحقوق التي يملك الأطراف حرية التصرف فيها طالما أنهم لم يستبعدوا صراحة قاعدة التنازع بواسطة الاتفاق الإجرائي.

(٢٦) انظر في هذا المعنى:

F. Mélin: La connaissance de la loi étrangère par les juges du fond, op. cit., p. 196.

(٢٧) تنص المادة ١٢ من قانون المرافعات المدنية الفرنسية على أن:

“Le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables”.

وتعليقاً على هذا النص يقرر البعض في هذا الشأن أن:

“admettre que le juge dispose de la faculté d'appliquer d'office le texte applicable, sous que cela ne constitue une obligation pour lui, revient à lui permettre de ne pas appliquer la règle de droit, ce qui est une façon à part entier de la méconnaître. Bien plus, constitue une fausse application de la loi, sorte de violation de la loi, l'application par le juge d'une règle de droit qui n'est pas applicable au litige qui lui est soumis”.

V.A. Frison-Roche: note sous civ. 2 et 4 novembre 1988, Dalloz, 1989, p. 609.

وتجدر الإشارة إلى أن فكرة حرية التصرف في الحقوق ليست فكرة مطلقة، حيث توجد حالات يتم فيها الخروج عليها منها:

- تتعلق الحالة الأولى بقاعدة التنازع الوارد النص عليها في معاهدة دولية. فإذا أشارت إلى تطبيق قانون أجنبي فلا يجوز للقاضي عدم تطبيق القانون الأجنبي بحجة أن نوي الشأن لم يطلبوا تطبيق هذا القانون أو أن الأمر يتعلق بحالة يملك فيها الأطراف حرية التصرف. ويستند ذلك إلى أن نصوص المعاهدة تعد أسمى من القانون الداخلي ومن ثم يجب تنفيذ الأحكام الواردة بها. فعدم تطبيق القاضي الوطني للقانون الأجنبي المشار إليه من قبل قاعدة التنازع التعاهدية من شأنه امتناع الدول الأجنبية الأطراف في المعاهدة عن تطبيق قانون الدولة الوطنية على سبيل المعاملة بالمثل.

ولهذا فإنه فيما بين الدول الأوروبية وبالنظر إلى إبرام معاهدة روما المتعلقة بالقانون واجب التطبيق في مجال الالتزامات التعاقدية، يلتزم القاضي من تلقاء نفسه بتطبيق القانون الأجنبي الذي تشير إليه قواعد معاهدة روما في مجال العقود الدولية.

ومع ذلك تجدر الإشارة إلى أن الاتجاه الحديث لمحكمة النقض الفرنسية يذهب إلى السماح للأطراف بالخروج على قواعد التنازع المنصوص عليها في المعاهدات الدولية طالما أن الأمر يتعلق بحق من الحقوق التي يملك الأطراف التصرف فيه. وهكذا فقدت قواعد التنازع التعاهدية قوتها الإلزامية إذا اتفق الأطراف على استبعادها وتطبيق قانون آخر^(٢٨).

- كذلك تبني القضاء الفرنسي التفرقة بين قواعد التنازع الوطنية ذاتها. ففي طائفة قواعد التنازع ذات الغاية المادية يلتزم القاضي بتطبيق القانون الأجنبي من تلقاء ذاته. ذلك أن الغاية التي يرمي إليها المشرع لا يمكن تحقيقها إذا قام القاضي بتطبيق القانون الوطني في حين أن الغاية تتحقق بتطبيق القانون الأجنبي المشار إليه من قاعدة التنازع الوطنية. فقاعدة خضوع شكل التصرف لقانون بلد إبرامه، قصد بها المشرع

(٢٨) من قبيل ذلك يمكن أن نذكر حكم محكمة النقض الفرنسية بتاريخ ٦ مايو ١٩٩٧ والذي قضت فيه بأن:

“Pour les droits dont elles ont la libre disposition, les parties peuvent s'accorder sur l'application de la loi du for malgré l'existence d'une convention internationale ou d'une clause contractuelle désignant la loi compétente. Un tel accord peut résulter des conclusions des parties invoquant une loi autre que celle qui est désignée par un traité ou par un contrat”. V. cour de cassation, 6 mai 1997, in: B. Ancel et Lequette: Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé, op. cit., p.752.

تيسير إبرام التصرف على الأطراف في الشكل المقرر في بلد الإبرام لذا يلتزم القاضي الوطني - حال إبرام التصرف في بلد أجنبي - بتطبيق القانون الأجنبي من تلقاء ذاته ولو لم يتمسك الأطراف أمامه بهذا طالما أنهم قاموا بإبرام التصرف وفقاً للشكل المقرر في قانون بلد الإبرام.

- ولذات السبب يلتزم القاضي بتطبيق القانون الأجنبي من تلقاء ذاته إذا كان تطبيق هذا القانون ناتجاً عن قاعدة تنازع أحادية الجانب. فإذا أشارت قاعدة التنازع الوطنية إلى تطبيق قانون أجنبي وكان هذا القانون الأخير ينص على قاعدة أحادية الجانب في خصوص المسألة المتنازع عليها وجب على القاضي تطبيق القانون الأجنبي من تلقاء ذاته. وذلك استناداً إلى أن القاعدة أحادية الجانب ترمي إلى تحقيق هدف معين لا سبيل إلى إدراكه إذا قام القاضي بتطبيق قانونه الوطني^(٢٩).

المطلب الثاني

مدى التزام القاضي بتطبيق قاعدة التنازع

من تلقاء ذاته في بعض القوانين الأخرى

نتناول فيما يلي التعرض لدراسة هذه المسألة في كل من القانون البلجيكي، القانون الألماني، القانون النمساوي وكذلك القانون السويسري، ونعرض أخيراً لموقف القضاء المصري من هذه المسألة.

(أ) مدى التزام القاضي بتطبيق قاعدة التنازع من تلقاء ذاته في القانون الأنجلوأمريكي:

يرتكز النظام القانوني الأنجلوأمريكي على نظرية الحقوق المكتسبة في مجال تطبيق القوانين الأجنبية بواسطة القاضي الوطني. ولكي نفهم جيداً نظرية الحقوق المكتسبة في هذا النظام *la vested right theory* من المناسب أن نتعرض للأصول التاريخية لتواعد تنازع القوانين في ظل هذا النظام. ويجد نظام تنازع القوانين الأنجلوأمريكي أساسه في الفقه الهولندي القديم الذي يعتمد على مبدأ إقليمية القوانين.

(٢٩) إذا كانت أغلبية الفقه تذهب إلى قبول التزام القاضي بتطبيق قاعدة التنازع الأحادية الجانب على نحو ما ذكرنا في المتن، إلا أن هناك جانب من الفقه يرفض إلزام القاضي الوطني بتطبيق القانون الأجنبي في هذه الحالة استناداً إلى أن القانون الأجنبي إما تم تحديده من قبل قاعدة تنازع منصوص عليها في قانون أجنبي وليس في القانون الوطني. انظر في تفصيل ذلك:

ووفقاً لمبدأ الإقليمية يتحدد المجال المكاني لتطبيق القانون بحدود الدولة التي صدر فيها هذا القانون، حيث يطبق على كافة الأشخاص المقيمين داخل الدولة وعلى كافة الوقائع والتصرفات التي تجري في هذه الدولة. ومن هنا لا يمكن تطبيق القانون خارج حدود الدولة الصادر عنها.

واتساقاً مع مبدأ الإقليمية أقام الفقه الأنجلوأمريكي نظرية الحقوق المكتسبة والتي وفقاً لها لا يجوز للقاضي الوطني أن يطبق قانوناً أجنبياً في إنجلترا وأمريكا حيث يتعارض هذا التطبيق مع مبدأ الإقليمية على أن الرفض المطلق لتطبيق القوانين الأجنبية أمر يتعارض مع ظاهرة ازدهار انتقال الأفراد عبر الحدود، ولهذا توصل النظام الأنجلوأمريكي إلى فكرة أنه يمكن تطبيق القوانين الأجنبية على سبيل المجاملة *la notion de comitas gentium*. فالأصل هو عدم السماح بتطبيق قانون أجنبي داخل دولة القاضي، إلا أنه مراعاة لاعتبارات المجاملة يمكن الاعتراف داخل النظام القانوني الوطني *la loi du for* بالحقوق التي تم اكتسابها بطريقة صحيحة في الخارج وفقاً لأحكام قانون أجنبي. ولا يعد هذا تطبيقاً لقانون أجنبي وإنما مجرد اعتراف بحق مكتسب في الخارج وفقاً لقانون أجنبي.

وطالما أنه لا يجوز للقاضي الوطني تطبيق القوانين الأجنبية فإن هذه الأخيرة لا ينظر إليها باعتبارها قوانين وإنما باعتبارها وقائع ينبغي إقامة الدليل عليها^(٣٠). وهكذا يتفق النظام القانوني الأنجلوأمريكي مع القانون الفرنسي من حيث النظر إلى القانون الأجنبي باعتباره واقعة وليس قانوناً.

(ب) مدى التزام القاضي بتطبيق قاعدة التنازع من تلقاء ذاته في بلجيكا:

لا يوجد في القانون البلجيكي ذاته أي نص يتعلق بتحديد مدى إلزامية قاعدة التنازع بالنسبة للقاضي، ولهذا فإن الفصل في هذه المسألة كان من عمل القضاء في هذه الدولة. ويمكن القول أن محكمة النقض البلجيكية قد أوضحت موقفها في هذه المسألة في الحكم الصادر منها بتاريخ ٩ أكتوبر ١٩٨٠، وهو الحكم الذي وفقاً له وضعت المحكمة العليا في بلجيكا على عاتق قاضي الموضوع الالتزام بتطبيق قاعدة التنازع من تلقاء

(٣٠) انظر في تفصيل ذلك:

François Mélin: La connaissance de la loi étrangère par les juges du fond (recherches sur l'infériorité procédure de la loi étrangère dans le process civil), op. cit., p. 26 et ss.

ذاته^(٣١). فعلى عكس الوضع في فرنسا يلتزم القاضي البلجيكي بتطبيق القانون الأجنبي الذي تشير إليه قاعدة التنازع البلجيكية وذلك من تلقاء ذاته. كما أن على القاضي تطبيق القانون الأجنبي على النحو ذاته الذي يطبق في الدولة الأجنبية المشار إلى تطبيق قانونها، ويراد بذلك التزام القاضي البلجيكي بمراعاة التفسير المعطى للقانون الأجنبي ليس في دولته هو وإنما في الدولة الأجنبية التي يتم تطبيق قانونها.

وقد أكد على هذه القواعد كذلك الحكم الصادر عن محكمة النقض البلجيكية بتاريخ ٢٣ فبراير ١٩٩٥^(٣٢)، والذي يتعلق بتطبيق القانون المغربي باعتباره القانون الشخصي لزوجين مغربيين حدث نزاع بينهما أمام القضاء البلجيكي فيما يتعلق بصحة عقد الزواج المبرم بينهما في المغرب حيث أن الهدف من الزواج لم يكن الارتباط بين شخصين على سبيل التأييد والدوام كما هو معروف في الشريعة الإسلامية المطبقة في هذا المجال في المغرب وإنما كان الهدف هو تسهيل الحصول على الإقامة في بلجيكا.

ويستفاد من القواعد السابقة أن من له المصلحة في تطبيق القانون الأجنبي لا يقع عليه الالتزام بإقامة الدليل على محتوى هذا القانون، بل يقع الالتزام بذلك على عاتق القاضي ذاته. ولذا، لا تعتبر مسألة تطبيق القانون الأجنبي بمثابة واقعة على خلاف ما هو مقرر في فرنسا. ويترتب على ذلك أن مسألة تطبيق القانون الأجنبي تعد مسألة قانون وليست مسألة واقعة وهو الأمر الذي من شأنه أن تخضع هذه المسألة لرقابة محكمة النقض البلجيكية وهو على خلاف الوضع المتبع في فرنسا حيث ينظر إلى مسألة تطبيق القانون الأجنبي على أنه واقعة ومن ثم لا يخضع قاضي الموضوع في شأن إعماله للقانون الأجنبي لرقابة محكمة النقض الفرنسية.

(٣١) انظر في عرض هذا الحكم:

Marc FALLON: note sous cour de cassation de Belgique, 23 février 1995, revue critique de droit international privé, 1996, p.306.

(٣٢) قضت محكمة النقض البلجيكية بأن:

“Après avoir décidé sans être critiquée sur ce point, que la loi nationale des parties régit les conditions de validité au fond du mariage qu’elles ont contracté, la cour d’appel fait correctement application de la loi marocaine au motif que l’un d’entre eux au moins n’avait pas adhéré à l’institution du mariage, telle qu’elle est définie à l’article 1er de la Mudawwana, et avait consenti au mariage, non en vue de créer un foyer, mais à seule fin de faciliter son séjour en Belgique”. V. Cour de cassation de Belgique, 23 février 1995, Revue critique de droit international privé, 1996, p. 305, note Marc Fallon.

(ج) مدى التزام القاضي بتطبيق قاعدة التنازع من تلقاء ذاته في ألمانيا:

يلتزم القاضي الألماني بتطبيق قواعد التنازع من تلقاء ذاته، حيث ينظر إلى قواعد التنازع على أنها قواعد أمره يقوم القاضي بتطبيقها ليست فقط في الحالة التي يطالب فيها الأطراف بتطبيقها وإنما في كل حالة تشير فيها قاعدة التنازع الوطنية إلى تطبيق قانون ما^(٣٣).

ويتعين علينا أن نشير في هذا الصدد إلى أن جانباً من الفقه الألماني يرى أن قواعد التنازع تعد قواعد غير أمره *règles des conflits facultatives* فلا يلتزم القاضي بتطبيقها إلا إذا تمسك الأطراف بتطبيق القانون الأجنبي. ويقترّب هذا الوضع مما هو سائد في فرنسا من تعليق تطبيق القانون الأجنبي على مطالبة وتمسك ذوي المصلحة بذلك.

ويقرر بعض الفقه الألماني أن التمسك بالطابع غير الأمر لقواعد التنازع يعد أمراً منطقياً في قواعد التنازع التي يعمل فيها مبدأ سلطان الإرادة خاصة المجال التعاقدية أما إذا كانت إرادة الأطراف لا تلعب أي دور في قاعدة التنازع فليس من المناسب تعليق تطبيق القانون واجب التطبيق على إرادة الأطراف. ذلك أن قواعد التنازع تهدف في المقام الأول إلى إسناد العلاقة أو الرابطة القانونية إلى أنسب القوانين لحكمها وهو القانون الذي يعد أوثق القوانين صلة بالعلاقة، ومن شأن تعليق تطبيق القانون الأجنبي على تمسك الأطراف تعطيل تطبيق القانون الأوثق صلة بالرابطة القانونية في الحالة التي تشير فيها قاعدة التنازع إلى تطبيق قانون أجنبي لم يتمسك الأطراف بتطبيقه.

وتجدر الإشارة إلى أن القضاء الألماني ينظر إلى مسألة تطبيق القانون الأجنبي على أنها مسألة قانون وليست مسألة واقعة، ولهذا إذا أشارت قاعدة التنازع على القاضي الألماني بتطبيق قانون أجنبي لا يعرف محتواه عليه البحث من تلقاء ذاته

(٣٣) انظر في تفصيل ذلك:

Rainer Frank: Les problèmes actuels posés par l'application des lois étrangères en droit international privé allemand, in: (Les problèmes actuels posés par l'application des lois étrangères), Actes du colloque austro-franco-germano-suisse de droit international privé comparé des 22 et 23 mai 1986, Travaux de l'institut de droit comparé, LGDJ, Paris, 1988, p. 87 et s.

إقامة الدليل على محتوى القانون الأجنبي دون تكليف الخصوم بإثبات ذلك. وإذا تبين للقاضي الألماني أن قانوناً أجنبياً هو الواجب التطبيق فإن عليه تطبيقه على نحو مماثل لتطبيقه في الدولة الأجنبية الصادرة عنها هذا القانون. ويترتب على ذلك التزام القاضي بتفسير القانون الأجنبي على النحو الذي يفسر به في الدولة الأجنبية وليس في دولة القاضي.

وإذا كانت القاعدة هي التزام القاضي بتطبيق القانون الأجنبي من تلقاء ذاته، إلا أن هناك حالات يستحيل فيها على القاضي إقامة الدليل على محتوى هذا القانون. ومع ذلك فإن القضاء الألماني لا يقوم في هذه الحالة بتطبيق القانون الوطني للقاضي بصفة آسية وإنما يستعين بأقرب نظام قانوني للقانون الأجنبي واجب التطبيق. ولهذا قام القضاء الألماني بالاستعانة بما هو مقرر في القضاء السويسري من أجل تفسير القانون التركي واجب التطبيق، كما قامت المحكمة الفيدرالية للتوصل إلى محتوى القانون السوري واجب التطبيق بالاستعانة ببعض الوثائق والنصوص الخاصة بالقانون الفرنسي والقانون المصري.

على أنه من الملاحظ أن تطبيق القانون الأقرب صلة بالقانون الأجنبي واجب التطبيق قد تعرض للنقد نظراً لاحتمال وجود اختلاف في القواعد بين القانون واجب التطبيق والقانون الأقرب صلة به. لذلك يطالب بعض الفقه الألماني في حالة تعذر إقامة الدليل على محتوى القانون الأجنبي بعدم التقييد بقانون معين على وجه التحديد وإنما بتطبيق المبادئ العامة للقانون، بينما يقرر البعض الآخر أنه يتعين على القاضي في هذه الحالة تطبيق القانون المختار من قبل الأطراف لتطبيقه كقانون بديل للقانون المتعذر إقامة الدليل على محتواه^(٣٤).

والجدير بالملاحظة، أن القانون الألماني يأخذ بفكرة الإحالة والتي يقوم إعمالها إلى إمكانية تطبيق قانون آخر غير القانون المشار إليه من قبل قاعدة التنازع الوطنية. فعلى سبيل المثال يعد قانون الجنسية هو القانون الشخصي وفقاً للقانون الألماني، فإذا أشارت قاعدة التنازع على هذا النحو في مجال الأهلية إلى تطبيق قانون الجنسية

(٣٤) انظر في هذا المعنى:

وتعلق الأمر بجنسية شخص إنجليزي نجد أن القاضي الألماني لن يطبق قانون جنسية الشخص وهو القانون الإنجليزي وإنما يجب عليه تطبيق قانون الموطن لأن هذا القانون الأخير هو القانون الشخصي في الدول الأنجلوسكسونية. ولهذا يقال أن القاضي الألماني ينبغي عليه تطبيق القانون الأجنبي بنفس الطريقة التي يطبق بها في الدولة الأجنبية المشار إلى تطبيق قانونها^(٣٥).

على أن الفقه الألماني يشير إلى أنه من الأخطاء الشائعة التي يقع فيها القضاء الألماني عدم الالتزام بما تقضي به فكرة الإحالة فعندما تشير قاعدة التنازع الألمانية إلى تطبيق قانون أجنبي يقوم القاضي بتطبيق القواعد الموضوعية les règles matérielles المنصوص عليها في هذا القانون دون أن يلتفت إلى قواعد تنازع القوانين les règles conflictuelles الواجب عليه إعمالها في القانون الأجنبي^(٣٦).

(د) مدى التزام القاضي بتطبيق قاعدة التنازع من تلقاء ذاته في النمسا وإيطاليا: تقضي قواعد تنازع القوانين في النمسا بأن يطبق على الرابطة القانونية القانون الأقرب صلة بها la loi la plus proche. وتعد مسألة تطبيق القانون الأجنبي في النمسا مسألة قانون un droit وليس مسألة واقعة un fait، ذلك أنه من غير المقبول أن يتم إخضاع واقعة ما أو مسألة معروضة أمام القاضي لواقعة أخرى وهي تطبيق قانون أجنبي، فهذا الأخير هو إذن قانون وليس واقعة^(٣٧).

(٣٥) انظر في هذا المعنى:

Christof Bohmer: La pratique judiciaire en république fédérale d'Allemagne, in: (Les problèmes actuels posés par l'application des lois étrangères), Actes du colloque austro-franco-germano-suisse de droit international privé comparé des 22 et 23 mai 1986, Travaux de l'institut de droit comparé, LGDJ, Paris, 1988, p. 105.

(٣٦) انظر في هذا المعنى:

Christof Bohmer: La pratique judiciaire en république fédérale d'Allemagne, op. cit., p.105.

(٣٧) انظر في تفصيل ذلك:

Fritz Schwind: Les problèmes actuels posés par l'application des lois étrangères en droit international privé autrichien, in: (Les problèmes actuels posés par l'application des lois étrangères), Actes du colloque austro-franco-germano-suisse de droit international privé comparé des 22 et 23 mai 1986, Travaux de l'institut de droit comparé, LGDJ, Paris, 1988, p. 121 et s.

وإذا أشارت قاعدة التنازع النمسوية إلى تطبيق قانون أجنبي وكان هذا الأخير يرفض عقد الاختصاص بحكم النزاع ويحيل على القانون النمسوي ذاته كان من الواجب على القاضي النمسوي تطبيق قانونه هو، دون القانون الأجنبي، ومعنى ذلك أن القانون النمسوي يأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى التي تكون فيها الإحالة على القانون الوطني. أما عندما تكون الإحالة من الدرجة الثانية بأن يرفض القانون الأجنبي الاختصاص بحكم النزاع ويحيل على قانون آخر غير القانون النمسوي فإن من الواجب أيضاً تطبيق القانون الأجنبي المحال له، إلا إذا كان هذا الأخير يرفض بدوره حكم النزاع ويحيل على قانون آخر حيث يتعين تطبيق هذا الأخير. ومعنى ذلك أن القانون النمسوي يأخذ ليس فقط بالإحالة من الدرجة الأولى وإنما يأخذ بفكرة الإحالة كقاعدة عامة ودون قيود أي دون التقيد بدرجة معينة يتعين التوقف عندها في الإحالة (إحالة من الدرجة الثانية والثالثة والرابعة... وهكذا)، ومن ثم يتعين على القاضي النمسوي الأخذ بفكرة الإحالة إلى حين وجود قانون يعقد لنفسه الاختصاص بحكم النزاع أو لحين الإحالة إلى قانون سبق الإحالة له من قبل قاعدة التنازع النمسوية.

ويترتب على النظر إلى تطبيق القانون الأجنبي على أنه مسألة قانون وليس واقعة وجود مبدأ عام يقضي بالترام القاضي بتطبيق قاعدة التنازع من تلقاء ذاته أي كان القانون المشار إليه وسواء كان هو القانون الوطني أم قانون أجنبي^(٣٨). ويتعين على القاضي إقامة الدليل على محتوى القانون الأجنبي واجب التطبيق، وله أن يستعين في ذلك بالخصوم.

وإذا لم يستطع القاضي النمسوي التوصل إلى إقامة الدليل على محتوى القانون الأجنبي واجب التطبيق قام القاضي بتطبيق القانون الوطني^(٣٩).

(٣٨) انظر في هذا المعنى:

Fritz Schwind: Les problèmes actuels posés par l'application des lois étrangères en droit international privé autrichien, op. cit., p. 122.

(٣٩) لم يأخذ القانون النمسوي بما اقترحه بعض الفقه من الاستعانة بالقانون الأقرب صلة للقانون الأجنبي واجب التطبيق حالة عدم التمكن من إقامة الدليل على محتوى هذا الأخير. وذلك للعيوب المصاحبة لتطبيق القانون الأقرب صلة بالقانون واجب التطبيق والتي سبق لنا التعرض لها عند الحديث عن القانون الألماني والتي تتعلق باحتمال تواجدها اختلافات بين القانونيين في الأحكام. انظر في ذلك:

Fritz Schwind: les problèmes actuels posés par l'application des lois étrangères en droit international privé autrichien, op. cit., p. 122.

وفي إيطاليا تم تكريس مبدأ التزام القاضي بتطبيق القانون الأجنبي الذي تشير إليه قاعدة التنازع، وذلك في المادة ١/١٤ من القانون الدولي الخاص الإيطالي الصادر سنة ١٩٩٥ (٤٠).

(هـ) مدى التزام القاضي بتطبيق قاعدة التنازع من تلقاء ذاته في سويسرا:

يلتزم القاضي في سويسرا بتطبيق قاعدة التنازع من تلقاء ذاته (٤١)، وقد كانت هذه القاعدة مقررة قبل صدور القانون الدولي الخاص سنة ١٩٨٨ في قوانين الإجراءات المدنية الخاصة بالمقاطعات الثلاث للاتحاد الفيدرالي السويسري، كما تم التأكيد عليها في القانون الدولي الخاص الجديد. ولهذا فإن المحكمة الفيدرالية السويسرية لم تقبل من قاضي الموضوع قيامه بتطبيق القانون السويسري لمجرد عدم تمسك الأطراف بتطبيق القانون الأجنبي (٤٢).

وإذا كان المبدأ هو التزام القاضي بتطبيق قاعدة التنازع من تلقاء ذاته فإن النتيجة الطبيعية التي تترتب على ذلك هي التزام القاضي من تلقاء ذاته بإقامة الدليل على محتوى القانون الأجنبي. على أنه من الملاحظ أنه قبل صدور القانون الدولي الخاص السويسري لم يكن هذا أمراً مسلماً، فقد قضت المحكمة الفيدرالية السويسرية بأن مصير القانون الأجنبي يتترك لقانون كل مقاطعة على حدة. وقضت محاكم بعض المقاطعات في هذا الشأن بعدم وجود التزام على القاضي بالبحث عن محتوى القانون

(٤٠) تنص المادة ١/١٤ من القانون الدولي الخاص الإيطالي الصادر في ٣١ مايو ١٩٩٥ على أن: "l'Établissement de la loi étrangère est réalisé d'office par le juge".

انظر نصوص هذا القانون منشورة في:

Revue Critique de droit international privé, 1996, p. 174.

(٤١) وفقاً للحكم الصادر من المحكمة الفيدرالية السويسرية بتاريخ ٩ يوليو ١٩٨٥ فإن:

"La jurisprudence ne réticent toutefois une élection de droit par acte concluant que si l'on admette que les parties, conscientes du problème, ont effectivement voulu soumettre leurs relations juridiques à un droit déterminé".

انظر هذا الحكم المشار إليه في

Alfred E. Von Overbeck: Les problèmes actuels posés par l'application des lois étrangères en droit international privé Suisse, in: (Les problèmes actuels posés par l'application des lois étrangères), Actes du colloque austro-franco-germano-suisse de droit international privé comparé des 22 et 23 mai 1986, Travaux de l'institut de droit compare, LODJ, Paris, 1988, p. 64.

(٤٢) انظر حكم المحكمة الفيدرالية السويسرية السابق ذكره مباشرة في الهامش السابق.

الأجنبي استناداً إلى أن الأمر لا يعدو أن يكون مجرد واقعة يتعين على ذوي الشأن إقامة الدليل عليها^(٤٣).

ويمكن القول في واقع الأمر أنه في الفترة السابقة على صدور القانون الموحد الدولي الخاص في سويسرا سنة ١٩٨٨ انقسمت المقاطعات السويسرية إلى مجموعتين:

- المجموعة الأولى، تنظر إلى مسألة تطبيق القاضي السويسري للقانون الأجنبي على أنه واقعة وليس قانون، الأمر الذي يتعين إقامة الدليل عليه من قبل ذوي الشأن.
- أما المجموعة الثانية، فهي تنظر إلى مسألة تطبيق القانون الأجنبي على أنها مسألة قانون وليس واقعة ومن ثم يلتزم القاضي من تلقاء ذاته بالتطبيق وبالبحث عن محتوى القانون الأجنبي^(٤٤).

وقد حسم الأمر في القانون الدولي الخاص الجديد الصادر سنة ١٩٨٨ والذي وضع على عاتق القاضي عبء البحث من تلقاء ذاته عن محتوى القانون الأجنبي، وإن كان يمكنه الاستعانة بالأطراف في هذا الشأن "المادة ٢/١٦"^(٤٥).

ووفقاً لذات القانون فإن القانون السويسري يكون هو الواجب التطبيق إذا لم يكن في الإمكان إقامة الدليل على محتوى القانون الأجنبي^(٤٦).

(٤٣) انظر في هذا الحكم الصادر بتاريخ ٢٠ أكتوبر ١٩٨٠ مشاراً إليه في:

Alfred E. Von Overbeck: Les problèmes actuels posés par l'application des lois étrangères en droit international privé Suisse, op. cit., p.67.

(٤٤) انظر في تفصيل ذلك:

Rolando Forni: La pratique judiciaire en Suisse in: (Les problèmes actuels posés par l'application des lois étrangères), Actes du colloque austro-franco-germano-suisse de droit international privé comparé des 22 et 23 mai 1986, Travaux de l'institut de droit comparé, LGDJ, Paris, 1988, p. 80.

(٤٥) تنص المادة ١٦ من القانون الدولي الخاص السويسري الصادر سنة ١٩٨٨ على أن:

"1- Le contenu du droit étranger est établi d'office. A cet effet, la collaboration des parties peut être requise. En matière patrimoniale, la preuve peut être mise à la charge des parties.

2- Le droit Suisse s'applique si le contenu du droit étranger ne peut pas être établi".

(٤٦) تطبيقاً لذلك قامت محكمة زيورخ السويسرية، في الحكم الصادر بتاريخ ١٩ أبريل ١٩٩٠، بتقديم طلب إلى معهد القانون المقارن بسويسرا تطلب فيه أن يزودها بمحتوي قانون المنافسة الفرنسي الذي كان هو القانون واجب التطبيق في هذه القضية إلا أن المعهد المذكور رد =

وإذا عجز القاضي عن التوصل إلى محتوى القانون الأجنبي نصت المادة ١٥ سאלفة الذكر على تطبيق القانون السويسري باعتباره قانون القاضي^(٤٧).

والخلاصة التي ننتهي إليها على ضوء استعراض القوانين السابقة هي أن معظم القوانين تنظر إلى مسألة تطبيق القانون الأجنبي على أنها مسألة قانون وليس واقعة وأن هناك التزام على القاضي الوطني بتطبيق قاعدة التنازع من تلقاء ذاته دون تفرقة في ذلك بين الحالة التي تشير فيها قاعدة التنازع إلى تطبيق قانون أجنبي وتلك التي تشير فيها إلى تطبيق القانون الوطني ومن هنا نستطيع أن نقرر أن القانون الفرنسي يقف منعزلاً في موقفه من إقامة التفرقة السابقة بين القانون الوطني والقانون الأجنبي.

ويترتب على ذلك أن فكرة قابلية الحقوق للتصرف والتي ترتبط ارتباطاً وثيقاً بالطابع غير الإلزامي لقاعدة التنازع. هذه الفكرة لن تجد مكاناً لها في القوانين التي تعرضنا لها وفي كافة القوانين التي تلزم القاضي بتطبيق قاعدة التنازع من تلقاء ذاته. ولذا فإن فكرة قابلية الحقوق للتصرف تعد مرتبطة على وجه الخصوص بالقانون الفرنسي الذي يأخذ بالطابع الاختياري لقواعد التنازع بالنسبة للقاضي.

(و) مدى التزام القاضي بتطبيق قاعدة التنازع من تلقاء ذاته في مصر:

لم يتعرض القانون المصري لمسألة التزام القاضي بتطبيق قاعدة التنازع من تلقاء ذاته. ولذا فإنه يمكن الاستعانة في هذا الشأن بموقف كل من القضاء والفقهاء المصريين.

== علي ذلك بوجوب أن توجه إليه أسئلة محددة عن محتوى القانون الفرنسي وسيتولى المعهد حينئذ الإجابة عليها خلال بضعة أشهر. ولا شك أن هذه المدة الطويلة أمر لا يتناسب مع ما تقتضيه المنازعات المتعلقة بالعلاقات الخاصة الدولية من وجوب سرعة الفصل فيها، مما اضطر المحكمة إلى تطبيق قانون المنافسة السويسري بدلاً من القانون الفرنسي تطبيقاً لنص المادة ١٦/٢ من القانون السويسري. انظر في ذلك مؤلفنا المنافسة غير المشروعة في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠، هامش ص ١٠٢.

(٤٧) تجدر الإشارة إلى أن مشروع القانون الدولي الخاص السويسري كان يتضمن النص على تطبيق القانون الأقرب صلة بالقانون الأجنبي المشار إليه من قبل قاعدة التنازع السويسرية في الحالة التي لا يتمكن فيها القاضي من التوصل إلى محتوى القانون الأجنبي. وقد تم حذف هذا النص من المادة ١٥ واكتفت المادة بتطبيق القانون السويسري في هذه الحالة. انظر في تفصيل ذلك: Alfred E. Von Overbeck: Les problèmes actuels posés par l'application des lois étrangères en droit international privé Suisse, p.70.

إذا رجعنا إلى الأحكام الصادرة من القضاء المصري لتبين لنا أن القضاء المصري أكد قديماً وحديثاً على مبدأ عدم التزام القاضي من تلقاء ذاته بتطبيق قاعدة التنازع من تلقاء ذاته عندما تشير إلى تطبيق قانون أجنبي. ويستند القضاء المصري في ذلك إلى النظر إلى القانون الأجنبي على أنه واقعة يتعين إقامة الدليل عليها.

من قبيل ذلك يمكن أن نذكر الحكم الصادر من محكمة النقض المصرية بتاريخ ٧ يولية ١٩٥٥ والذي قضت فيه المحكمة بأن "التمسك بتشريع أجنبي أمام محكمة النقض لا يعدو أن يكون مجرد واقعة يجب إقامة الدليل عليها، ولا يغني في إثباتها تقديم صورة عرفية تحوي أحكام هذا التشريع"^(٤٨).

من قبيل ذلك أيضاً الحكمين الصادرين من محكمة النقض المصرية في ١٤ أبريل ١٩٧٠ والذي جاء فيهما أن: "التمسك لأول مرة أمام محكمة النقض بقاعدة قانونية أجنبية هو دفاع بخالطه واقع كان يجب عرضه على محكمة الموضوع لأن الاستناد إلى قانون أجنبي هو - على ما جرى عليه قضاء هذه المحكمة - واقعة يجب إقامة الدليل عليها. ولما كانت الطاعنة لم تقدم ما يثبت أنها تمسكت بهذا الدفاع أمام محكمة الموضوع، فإنه يكون سبباً جديداً لا يجوز التحدي به لأول مرة أمام محكمة النقض"^(٤٩).

ومع ذلك يستفاد من بعض الأحكام الحديثة أنه يمكن للقاضي تطبيق القانون الأجنبي من تلقاء ذاته، خاصة إذا لم يكن القانون الأجنبي غريباً عن القاضي. من قبيل ذلك حكم محكمة النقض المصرية الصادر بتاريخ ٦ فبراير ١٩٨٤ والذي قضت فيه بأنه "إذا كان من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن التمسك بقانون أجنبي لا يعدو أن

(٤٨) انظر التعليق علي هذا الحكم: د/ عز الدين عبد الله، المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد السادس والعشرون، ١٩٧٠، ص ١٦٩.

(٤٩) انظر هذه الأحكام مشاراً إليها في: د/ عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين، الهيئة المصرية العامة للكتاب، الطبعة التاسعة، ١٩٨٦، ص ٥٩٠ وما بعدها.

وفي نفس المعنى قضت محكمة النقض المصرية في ١٥ نوفمبر ١٩٧٢ بأن: "الاستناد إلى قانون أجنبي لا يعدو أن يكون مجرد واقعة يجب علي الخصوم إقامة الدليل عليها. وإذا كان الطاعن لم يقدم ما يثبت بأنه تمسك بهذا الدفاع أمام محكمة الموضوع فإنه يكون سبباً جديداً لا يقبل التحدي به لأول مرة أمام محكمة النقض". انظر هذا الحكم في مجلة المحاماة س ٥٩، العدد ٣ و ٤ مارس - أبريل ١٩٧٦، ص ٦٢.

يكون مجرد واقعة يجب إقامة الدليل عليها، وكان مرد هذا القضاء هو الاستجابة للاعتبارات العملية التي لا يتيسر معها للقاضي الإلمام بأحكام هذا القانون، فإن مناط تطبيق هذه القاعدة أن يكون القانون الأجنبي غريباً عن القاضي، يصعب عليه الوقوف على أحكامه والوصول إلى مصادره، أما إذا كان القاضي يعلم بمضمونه أو كان علمه به مفترضاً فلا محل للتمسك بتطبيق القاعدة^(٥٠).

وعلى الرغم من أن حكم النقض السابق لا يعد تحولاً جنرياً في التوجه الذي انتهجه القضاء المصري - حيث أكد الحكم على قاعدة أن التمسك بالقانون الأجنبي ليس إلا واقعة يتعين على ذوي الشأن إقامة الدليل عليها - إلا إن الحكم السابق يعد تطوراً وإن كان يسيراً في سبيل إلزام القاضي بتطبيق القانون الأجنبي من تلقاء ذاته^(٥١).

(ي) رأينا الخاص:

رأينا أن الاتجاه السائد في بعض الأنظمة القانونية يرى أن القانون الأجنبي هو مجرد واقعة يتعين إقامة الدليل عليها، ويسود هذا الاتجاه على وجه الخصوص في كل من القانون الفرنسي والنظام القانوني الأنجلوأمريكي على الرغم من اختلافهما في وسيلة إدراك هذه الغاية. على أن هذا الاتجاه لا يستند من وجهة نظرنا إلى حجج

(٥٠) انظر هذا الحكم المشار إليه في: د/ أحمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع أصولاً ومنهجاً، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، ١٩٩٦، ص ٥٠٩. وانظر كذلك في نفس اتجاه القضاء المصري الذي أكد علي أن مسألة إثبات القانون الأجنبي هو مجرد واقعة مادية مؤلف الزميل د/ هشام خالد، إثبات القانون الأجنبي في القانون الدولي الخاص، دار الفكر العربي، الإسكندرية، ٢٠٠٠م.

(٥١) يشير بعض الفقه المصري إلى حكم قديم صادر عن محكمة النقض المصرية في ١٧ نوفمبر ١٩٦٠ باعتباره حكماً يدعم التزام القاضي بتطبيق قاعدة التنازع من تلقاء ذاته. وقد قضت المحكمة فيه بأن: "نص المادة ١٤ من القانون المدني نص أمر يتعلق بالنظام العام يسري بأثر فوري".

علي أنه كما يرى البعض بحق أنه من الصعوبة بمكان استخلاص قاعدة عامة من الحكم السابق، حيث أن الأمر يتعلق بتحديد الطابع الأمر لقاعدة إسناد بعينها وهو المنصوص عليها في المادة ١٤. انظر في ذلك د/ فؤاد عبد المنعم رياض و د/ سامية راشد: تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي، دار النهضة العربية، ١٩٩٤، ص ٤٩ وما بعدها.

حاسمة، ويمكننا إجمال الانتقادات الموجهة له في النقاط التالية:

١- يرتكز النظام القانوني الأنجلوأمريكي على فكرة الحقوق المكتسبة والتي وفقاً لها لا يجوز للقاضي الوطني أن يطبق قانوناً أجنبياً وإنما له فقط أن يعترف بالحق المكتسب في الخارج وفقاً لقانون أجنبي، ونحن نرد على هذا بأن نظرية الحقوق المكتسبة إذا تم التسليم بها ستؤدي إلى اختفاء نظرية تنازع القوانين لأن كل دولة ستقوم بتطبيق قانونها داخل حدود إقليمها فحسب، أما القوانين الأجنبية فلا يمكن تطبيقها وإنما يمكن فقط الاعتراف بالحقوق المكتسبة في الدول الأجنبية. ولاشك أن نظرية الحقوق المكتسبة لا تصمد أمام النقد وذلك لأنها لا تغطي كافة الحالات التي تعرض لتنازع القوانين بل بعض هذه الحالات النادرة فقط. ذلك أنه قد لا يتم طلب الاعتراف في دولة القاضي بحق مكتسب في الخارج وإنما يراد تكوين حق في دولة القاضي الأمر الذي يتطلب تطبيق فعلي للقوانين الأجنبية من قبل القاضي الوطني. وبالإضافة إلى ذلك فقد ينص قانون القاضي على تعليق صحة عقد من العقود على تطبيق قانون دولة إبرامه مما يحتم رجوع القاضي إلى القانون الأجنبي وتطبيقه فعلياً ولا يتعلق الأمر في هذه الحالات بفكرة الحقوق المكتسبة.

وغني عن البيان أن قيام القاضي الوطني بتطبيق القوانين الأجنبية في الحالات السابقة أمر يتعارض مع مبدأ الإقليمية الذي تعتمد عليه فكرة أو نظرية الحقوق المكتسبة مما يوضح بجلاء فساد هذه النظرية والمبدأ الذي ترتبط به.

٢- وإذا تركنا النظام القانوني الأنجلوأمريكي إلى القانون الفرنسي فقد رأينا أن القضاء الفرنسي استقر على اعتبار القانون الأجنبي هو مجرد واقعة يعين إقامة الدليل عليها، ويستند الفقه الفرنسي إلى موقف القضاء الفرنسي من أجل البحث عن تفسير وتبرير نظري لهذه الحلول العملية القضائية. فوفقاً للفقهاء الفرنسيين باتيول لا ينبغي التسوية أمام القاضي الوطني بين القانون الوطني والقانون الأجنبي. فعندما تشير قاعدة التنازع إلى تطبيق القانون الوطني يوجد التزام على القاضي بتطبيق القانون المشار إليه، أما إذا أشارت القاعدة بتطبيق قانون أجنبي فلا يلتزم القاضي بتطبيق القانون الأجنبي من تلقاء ذاته. وأساس هذه التفرقة أن العنصر أو الطابع الأمر *l'élément impératif* الذي تشمل عليه فكرة القانون، هذا العنصر يتوافر في القانون الوطني حيث يخاطب القاضي بأحكامه ويلتزم به، في حين أن هذا العنصر الأمر لا يتوافر في

القانون الأجنبي لأن القاضي الوطني غير مخاطب به ولا يلتزم بأحكامه باعتباره قانون. ومن هنا يعتبر القانون الأجنبي بمثابة واقعة يتعين على نوي الشأن إقامة الدليل عليه كي يمكن للقاضي الوطني تطبيقه في فرنسا^(٥٢).

على أن هذه الحجة ليست حاسمة، فالعنصر الأمر يتوافر في القانون الأجنبي على النحو الذي يتوافر في القانون الوطني، وأساس تواجده في القانون الأجنبي قاعدة التنازع الوطنية، فهذه الأخيرة قد أشارت بتطبيق قانون أجنبي ومن هنا يلتزم القاضي بتطبيق القانون الأجنبي باعتباره قانون وليس واقعة.

٣- لا يمكن القول بأن القانون الأجنبي هو واقعة يجب إقامة الدليل عليها. ذلك أن المعروض على القاضي هو واقعة يدعي بها شخص ما تجاه آخر، هذه الواقعة يتعين تقديرها وفقاً لقانون محدد وهو القانون الذي تشير إليه قاعدة التنازع الوطنية، والذي قد يكون قانوناً وطنياً أو أجنبياً. فمن غير المنطقي الحكم على الواقعة المدعى بها بواقعة أخرى وهي القانون الأجنبي. ولذا، ينبغي النظر إلى القانون الأجنبي باعتباره قانوناً وليس واقعة.

٤- تستند بعض أحكام النقض الفرنسي للقول بأن القانون الأجنبي هو واقعة إلى اعتبار عدم النشر في الجريدة الرسمية في فرنسا ومن ثم لا تكون له قوة إلزامية بالنسبة للقاضي على عكس القانون الوطني الذي يكتسب قوته الإلزامية منذ نشره في الجريدة الرسمية^(٥٣). على أن هذه الحجة لا تقوى بدورها على النقد خاصة عندما

(٥٢) لذلك يؤكد باتيفول على أن:

“Lorsque le juge droit manier une loi étrangère, il accomplit une opération différente de celle qui lui incombe dans la détermination de sa propre loi: il ne recherche pas ce qui est logique, juste, utile, mais ce qui est admis “on fait” à l'étranger, il ne recherche pas ce qui doit être, mais ce qui est: aussi aura-t-il le droit de s'en remettre pour cette preuve aux parties”. V. H. Battifol: Droit int. privé, LGDJ, 1959, n° 328.

(٥٣) من قبيل ذلك حكم النقض الفرنسي بتاريخ ١٩ أكتوبر ١٩٩٩ والذي ورد به:

“Les normes juridiques qui font l'objet d'une publicité nationale bénéficient d'une présomption irréfragable de connaissance qui s'impose au juge. Ce n'est pas encore le cas pour les lois étrangères. Dès lors, la preuve du contenu de la loi étrangère appartient encore aux parties” V. cour de cassation, 19 octobre 1999, Clunet, 2000, p. 751.

لاحظ البعض أن فكرة القانون *la loi* لا تقتصر فقط على القانون بالمعنى الضيق *le droit* وإنما تشمل أحكام القضاء التي لا تنشر في الجريدة الرسمية ولم ينف أحد عنها القوة الإلزامية^(٥٤). وطالما أن الإحالة من قاعدة التنازع لا تتم على القانون بالمعنى الضيق وإنما على النظام القانوني الأجنبي بأكمله بما يحتويه من المبادئ العامة للقانون، قواعد التفسير وروح القانون الأجنبي ذاته *l'esprit du droit*، كل هذا يقود إلى القول بأن حسن تطبيق القانون الذي تشير إليه قاعدة التنازع الوطنية يحتم إلزام القاضي بالبحث عن محتوى القانون الأجنبي من تلقاء ذاته. فالقاضي بحكم تخصصه وتكوينه من الناحية القانونية هو الأقدر على تحديد القواعد الواجبة التطبيق في القانون الأجنبي. وبالإضافة إلى ذلك فإن هناك مخاطر من ترك مهمة البحث عن محتوى القانون الأجنبي للأطراف حيث بإمكانهم تقديم الدليل على بعض القواعد القانونية التي في صالحهم والتغاضي عن تقديم البعض الآخر الذي يكون من شأن تطبيقه الإضرار بهم. ولهذا فإننا نؤكد على مسألة أن حسن تطبيق القانون الأجنبي يوجب إلزام القاضي بالبحث عن محتوى القانون الأجنبي. ويستفاد هذا الاتجاه من بعض الأحكام الحديثة لمحكمة النقض الفرنسية، ففي حكمها الصادر بتاريخ ٦ مارس ٢٠٠١ عابت محكمة النقض على قاضي الموضوع عدم البحث عن محتوى القانون الإنجليزي الذي استند إليه في الفصل في الدعوى المعروضة أمامه، وذلك على الرغم من أن المحكمة لم تتعرض لمسألة التزام القاضي بتطبيق قاعدة التنازع من تلقاء ذاته^(٥٥).

٥- واستكمالاً للعرض السابق من المناسب أن نذكر في هذا السياق أن البعض

(٥٤) انظر في هذا المعنى:

François Mélin: La connaissance de la loi étrangère par les juges du fond, op. cit., p. 47.

(٥٥) انظر:

Civ. 6 mars 2001, Revue Critique de droit int. privé, 2001, p. 335.

وفي نفس السياق يمكننا أن نذكر هنا الحكم الصادر من محكمة زيورخ السويسرية سنة ١٩٢٧ والذي قررت فيه المحكمة تطبيق القانون التجاري الروسي باعتباره القانون الذي نجح أحد الطرفين في إقامة الدليل عليه بدلاً من القانون الواجب التطبيق أصلاً وهو القانون المحدد بواسطة القانون السوفيتي وذلك لأن الطرف الآخر عجز عن إقامة الدليل على محتوى هذا القانون الأخير. وهذا يوضح بجلاء أن ترك مهمة البحث عن محتوى القانون الأجنبي الواجب التطبيق ليس كافياً وأنه يتعين إلزام القاضي بالبحث من تلقاء ذاته عن محتوى القانون الأجنبي. انظر حكم محكمة زيورخ مشاراً إليه في:

F. Mélin: La connaissance de la loi étrangère par les juges du fond, op. cit., p. 212.

يرى ضرورة التفرقة بين مسألتين: مسألة مدى التزام القاضي بتطبيق قاعدة التنازع من تلقاء ذاته عندما تشير إلى تطبيق قانون أجنبي، ومسألة البحث عن محتوى القانون الأجنبي. وهم يرون أنه لا يوجد ارتباط وثيق بين هاتين المسألتين، ولهذا يمكن قبول مبدأ التزام القاضي بتطبيق قاعدة التنازع على أن يلتزم الأطراف بالبحث عن محتوى القانون الأجنبي واجب التطبيق^(٥٦).

من الجلي أن الرأي السابق لا يصمد أمام النقد وغير جدير بالقبول لأن من شأن قبوله أن نكون أمام قواعد تنازع مجردة الفعالية. ذلك أنه وفقاً للرأي السابق إذا لم يستطع الأطراف إقامة الدليل على محتوى القانون الأجنبي لما أمكن للقاضي تطبيق هذا القانون حتى ولو كان نظامه القانوني يلزمه بتطبيق قاعدة التنازع من تلقاء ذاته عندما تشير إلى تطبيق قانون أجنبي. ولهذا لا يمكن الفصل بين هاتين المسألتين لأن هناك ارتباط وثيق بينهما ويمكن اعتبارهما وجهان لعملة واحدة^(٥٧).

وللتلليل على صحة ما نراه من عدم الفصل بين المسألتين المشار إليهما نود الاستشهاد بالأمور الثلاثة التالية: الأول مستمد من الرأي الذي ينادي بنظرية قواعد التنازع الاختيارية *les règles de conflit facultatives* وهي الفكرة التي وفقاً لها فإن قاعدة التنازع لها طابع اختياري من حيث تطبيق القاضي لها فله إمكانية تطبيقها وله ألا يطبقها دون ارتكاب أية مخالفة. على الرغم من أن صاحب هذه

(٥٦) يؤكد الأستاذ F. Vischer في هذا الشأن على أن:

«Si la question de la nature obligatoire des règles de conflit et la question de la preuve de la loi étrangère sont étroitement liées, elles ne doivent pas nécessairement recevoir une réponse identique. Même dans un système basé sur l'application obligatoire de la règle de conflit, la preuve du contenu de la loi étrangère applicable peut encore être laissée aux parties».

انظر هذا الرأي مشاراً إليه في:

François Mélin: La connaissance de la loi étrangère par les juges du fond, op. cit., p. 166 et s.

(٥٧) لذلك يقرر الأستاذ F. Mélin أن:

«il faut considérer que la question de l'application de la règle de conflit et celle de l'établissement de la loi étrangère, loin d'être indissociable, ne sont en réalité que les deux aspects d'un même processus».

انظر:

François Mélin: La connaissance ..., op. cit., p. 169.

النظرية بترك للقاضي هامشاً محدداً للغاية في تطبيق القوانين الأجنبية إلا أنه يقرر أنه إذا قرر القاضي تطبيق قاعدة التنازع فإن عليه البحث عن محتوى القانون الأجنبي من تلقاء ذاته ولا يكلف الخصوم بذلك لأن هذا يعد من صميم وظيفة القضاء la fonction judiciaire^(٥٨).

أما الأمر الثاني الذي نستشهد به فهو موقف مجمع القانون الدولي الذي أوصى الدول - في قراره الصادر سنة ١٩٨٩ - بإلزام السلطات القضائية المختصة بها بالتعرض من تلقاء ذاتها لمسألة قابلية قاعدة التنازع للتطبيق وكذلك بتطبيق القاضي من تلقاء ذاته للقانون الأجنبي الذي تشير إليه قاعدة التنازع المختصة^(٥٩).

والأمر الثالث الذي نستشهد به أيضاً يتعلق بموقف القضاء الفرنسي في مجال قواعد التنازع الأحادية الجانب. ففي معرض إعمال نص المادة ١٠ من القانون المدني الفرنسي وهي التي تتعلق بقاعدة تنازع أحادية تقرر تطبيق القانون الفرنسي في مجال انحلال العلاقة الزوجية إذا كان كل من الزوجين ممن يتمتعون بالجنسية الفرنسية أو كان كلاهما متوطن في فرنسا، قضت محكمة دونكرك الفرنسية بتاريخ ٢٩ نوفمبر ١٩٨٩^(٦٠) أنه إذا لم تكن قاعدة التنازع الأحادية مطبقة لعدم توافر شروط إعمالها، يمكن مع ذلك للقاضي تطبيق القانون الأجنبي الذي لديه إرادة الانطباق على العلاقة القانونية. وإذا قرر القاضي تطبيق القانون الأجنبي على هذا النحو فإنه يبحث عن محتواه من تلقاء ذاته. ولهذا من باب أولى عليه البحث عن محتوى القانون الأجنبي واجب التطبيق وفقاً لقواعد التنازع المزدوجة الجانب. وفي نفس السياق من المعروف في الوقت المعاصر أن بإمكان القاضي تطبيق قوانين البوليس الأجنبية دون أن يكون ملتزماً بذلك. وإذا قرر القاضي تطبيق قانون بوليس أجنبي فإنه لا يكلف الخصوم بإثبات محتوى قانون البوليس الأجنبي ولهذا فإن عليه

(٥٨) هذا الرأي هو الذي نادى به الأستاذ Boer مشاراً إليه في:

F. Mélin: La connaissance ..., op. cit., p. 170.

(٥٩) في قراره الصادر سنة ١٩٨٩ أوصى مجمع القانون الدولي الدول بما يلي:

"il est recommandé aux Etats d'imposer à leurs autorités compétentes de soulever d'office la question de l'applicabilité de la règle de conflit, et, dans le cas où cette applicabilité est admise, d'appliquer d'office la loi étrangère que cette règle désigne".

(٦٠) انظر هذا الحكم في:

من باب أولى البحث عن محتوى القانون الأجنبي الذي تشير إليه قاعدة التنازع الوطنية، حيث يوجد التزام عليه بتطبيقها.

٦- وإذا كان القاضي يلتزم على هذا النحو بالبحث عن محتوى القانون الأجنبي من تلقاء ذاته، إلا أن هذا لا يمنع من إمكانية قيامه بطلب مساعدة الأطراف له في ذلك^(٦١). وإذا استعنا بالقانون المقارن في هذا الشأن نجد أن بعض القوانين كالقانون الفرنسي يلقي العبء الرئيسي على الأطراف في البحث عن محتوى القانون الأجنبي، بل إن إقامة الدليل على محتوى القانون الأجنبي يعد شرطاً لتطبيق قاعدة التنازع التي تشير إلى تطبيق القانون الأجنبي. ويفسر هذا الوضع بأن القضاء الفرنسي لا يضع مبدأ التزام القاضي بتطبيق قاعدة التنازع من تلقاء ذاته، ولهذا يكون من الطبيعي وفقاً له أن يكلف الخصوم بإقامة الدليل على محتوى القانون الأجنبي. وإن كان هذا لا يمنع من إمكانية قيام القاضي بالبحث عن محتوى القانون الأجنبي من تلقاء ذاته، ولكن هذا هو مجرد اختيار له وليس التزاماً عليه.

وإذا تركنا القانون الفرنسي فإننا نجد أن القوانين التي تلقي على عاتق القاضي مبدأ الالتزام بتطبيق قاعدة التنازع من تلقاء ذاته، هذه القوانين تلزم القاضي بالبحث عن محتوى القانون الأجنبي من تلقاء ذاته مع السماح له بطلب معونة ومساعدة الأطراف في ذلك. من قبيل ذلك القانون النمساوي الصادر بتاريخ ١٥ يونيو ١٩٧٨^(٦٢)، القانون التركي الصادر بتاريخ ٢٠ مايو ١٩٨٢^(٦٣)، القانون السويسري بتاريخ ١٨ ديسمبر ١٩٨٧^(٦٤)، قانون دولة بوركينافاسو الصادر سنة ١٩٩٠^(٦٥).

(٦١) انظر في هذا المعنى د/ هشام صادق: تنازع القوانين، دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع المصري، منشأة دار المعارف بالإسكندرية، ص ٢٦٧.

(٦٢) تنص المادة ١/٤ من القانون النمساوي الصادر بتاريخ ١٥ يونيو ١٩٧٨ على أن: "Le droit étranger doit être recherché d'office et que les moyens admis à ce propos sont aussi la collaboration des intéressés ...".

(٦٣) تنص المادة الثانية من القانون التركي الصادر بتاريخ ٢٠ مايو ١٩٨٢ على أن: "Le juge peut, dans la détermination du contenu du droit étranger, demander l'aide des parties..".

(٦٤) تنص المادة ١٦ من القانون الدولي الخاص السويسري الصادر بتاريخ ١٨ ديسمبر ١٩٨٧ على أن: "Le contenu du droit étranger est établi d'office et qu'à cet effet, la collaboration des parties peut être requise".

(٦٥) تنص المادة ١٠٠٨ من قانون بوركينافاسو الصادر سنة ١٩٩٠ على أن: "Le contenu du droit étranger est établi d'office et qu'à cet effet, la juge peut ... requérir la collaboration des parties".

وإذا كنا نؤيد بلا شك طلب مساعدة الأطراف للقاضي في البحث عن محتوى القانون الأجنبي، إلا أننا نؤكد على ضرورة ألا يكون هذا هو الأساس، بل يجب أن يظل المبدأ هو التزام القاضي بالبحث من تلقاء ذاته عن محتوى القانون الأجنبي. ولهذا لا يجوز له استبعاد تطبيق القانون الأجنبي بحجة عدم قيام الأطراف بتقديم المعونة إليه في البحث عن محتوى هذا القانون. ولهذا فإن القانون الدولي الخاص الإيطالي قد حرص في المادة ١٤ منه على إيضاح حقيقة معونة الأطراف للقاضي بأنها وسيلة إعلام مساعدة *un moyen d'information subsidiaire*. ولهذا فإنه لا ينبغي للقاضي - تحت غطاء مساعدة الأطراف - أن يضع العبء الرئيسي على الأطراف في تقديم الدليل على محتوى القانون الأجنبي.

٧- ويرتبط بما تقدم أنه يتعين على القاضي تطبيق القانون الأجنبي على نحو مطابق لتطبيقه في الدولة الصادر عنها هذا القانون. ولهذا فإن بعض القوانين الحديثة قد حرصت على النص صراحة على هذا المبدأ وذلك لضمان التطبيق السليم للقانون الأجنبي. من قبيل ذلك القانون الإيطالي^(٦٦) والقانون الدولي الخاص الفنزويلي الصادر بتاريخ ٦ أغسطس ١٩٩٨ الصادر سنة ١٩٩٥^(٦٧) والقانون الدولي الخاص التونسي الصادر بتاريخ ٢٧ نوفمبر ١٩٩٨^(٦٨) وقانون دولة بوركينا فاسو^(٦٩).

(٦٦) تنص المادة ١٥ من القانون الدولي الخاص الإيطالي الصادر سنة ١٩٩٥ على أن:

“La loi étrangère est appliquée selon ses propres critères d'interprétation et d'application dans le temps”.

(٦٧) تنص المادة الثانية من القانون الدولي الخاص الفنزويلي الصادر بتاريخ ٦ أغسطس ١٩٩٨ على:

أن:

“Le droit étranger désigné sera appliqué d'après les principes en vigueur dans le pays étranger correspondant ...”.

(٦٨) تنص المادة ٣٤ من القانون الدولي الخاص التونسي الصادر بتاريخ ٢٧ نوفمبر ١٩٩٨ على:

أن:

“Le juge appliquera la loi étrangère, telle qu' interprétée dans l'ordre juridique dont elle relève”.

(٦٩) تنص المادة ٢/١٠٠٨ من قانون بوركينا فاسو الصادر سنة ١٩٩٠ على أن:

“Les dispositions du droit étranger applicables s'interprètent conformément au système auquel elles appartiennent et en accord avec les règles d'interprétation fixées par celui-ci”.

وإذا استعنا في هذا الشأن بأحكام القضاء الدولي فإننا نجد أن محكمة العدل الدولية الدائمة قد قضت بهذا المبدأ المتعلق بتطبيق القانون الأجنبي على نحو مطابق لما هو مقرر في الدولة الصادر عنها، وذلك في حكمها الصادر في قضية القروض الصربية وقضية القروض البرازيلية الصادرة سنة ١٩٢٩^(٧٠).

٨- وإذا كنا قد انتصرنا لمبدأ التزام القاضي من تلقاء ذاته بالبحث عن محتوى القانون الأجنبي من تلقاء ذاته وهو الأمر المرتبط بالتزامه بتطبيق قاعدة التنازع من تلقاء ذاته، إلا أنه مع ذلك قد توجد حالات يعجز فيها القاضي عن إقامة الدليل على محتوى القانون الأجنبي. وقبل أن نتعرض للحل الواجب الاتباع في هذه الحالة ينبغي التنبه على وجوب قيام القاضي بكافة الجهود الممكنة للبحث عن محتوى القانون الأجنبي بنفسه وبمعاونة الأطراف. فإذا تعذر إقامة الدليل على محتوى القانون الأجنبي فإننا نجد أن بعض القوانين تذهب في هذا الشأن إلى تطبيق قانون القاضي بصفة آلية. من قبيل ذلك القانون البولندي^(٧١) والقانون النمساوي^(٧٢) وقانون دولة سلوفينيا^(٧٣) وقانون دولة الإمارات العربية المتحدة^(٧٤) وقانون إمارة ليشنتشتاين^(٧٥)، كما تم تكريس

(٧٠) في حكمها الصادر بتاريخ ١٢ يوليو ١٩٢٩ في قضية القروض الصربية والبرازيلية قضت

محكمة العدل الدولية الدائمة بما يلي:

“Il ne semble guère douteux qu'elle doit (elle-même) s'efforcer “d'appliquer le droit interne d'un pays determine) comme on l'appliquersit dans ledit pays. Ce ne serait pas appliquer un droit interne que de l'appliquer d'une manière différente de celle dont il serait appliqué dans le pays où il est en vigueur”.

وأضافت المحكمة كذلك أن:

“La cour doit temir le plus grand compte de la jurisprudence nationale, car c'est à l'aide de cette jurisprudence qu'elle pourra déterminer quelles sont vraiment les règles qui, en fait, sont appliquées dans le pays dont le droit est reconnu applicable”. V. CPJI, 12 juillet 1929, Revue de droit international privé, 1929, p. 427.

(٧١) نص المادة ٧ من القانون البولندي الصادر بتاريخ ١٢ نوفمبر ١٩٦٥.

(٧٢) نص المادة ٢/٤ من القانون النمساوي الصادر بتاريخ ١٥ يونيو ١٩٧٨.

(٧٣) نص المادة ١٢ من قانون دولة سلوفينيا الصادر بتاريخ ٣٠ يونيو ١٩٩٩.

(٧٤) نص المادة ٢٨ من قانون المعاملات المدنية الإماراتي الصادر بتاريخ ١٥ ديسمبر ١٩٨٥.

(٧٥) نص المادة ٢/٤ من القانون الدولي الخاص لإمارة ليشنتشتاين الصادر بتاريخ ١٩ سبتمبر

نفس الحل من قبل القضاء الفرنسي ومن قبل القضاء الأسباني^(٧٦).

ولا يمكننا في واقع الأمر قبول الاتجاه السابق الذي يذهب إلى تطبيق قانون القاضي بصفة آلية إذا عجز القاضي عن إقامة الدليل على محتوى القانون الأجنبي. ذلك أن قانون دولة القاضي قد لا توجه بينه وبين الرابطة القانونية أية صلة، وليس من الملائم في مثل هذه الحالات الإصرار على تطبيق قانون القاضي لأن هذا يتعارض مع ما تهدف إليه قواعد تنازع القوانين من ضرورة إسناد الرابطة القانونية إلى أنسب القوانين لحكمها أي إلى القانون الذي توجه بينه وبين الرابطة صلة وثيقة un lien étroit.

ولهذا فإننا نفضل القوانين التي تذهب في هذا الشأن إلى تطبيق أقرب القوانين صلة بالرابطة القانونية بعد القانون الذي عجز القاضي عن إقامة الدليل عليه كما هو الحال في القانون السويسري^(٧٧). كما تنص بعض القوانين على تطبيق عوامل إسناد مساعدة إن وجدت للرابطة القانونية كما هو الحال في القانون الإيطالي الصادر سنة ١٩٩٥^(٧٨) وكذلك في القانون البرتغالي الصادر سنة ١٩٦٨^(٧٩). ولا يمكن في ظل

(٧٦) إذا أخذنا على سبيل المثال موقف القضاء الإسباني نجد أن المحكمة العليا الأسبانية قد قضت

بتاريخ ٢٣ مارس ١٩٩٤ أن:

“Lorsque le droit étranger applicable n'a pas été prouvé d'une manière certaine dans le procès, le droit interne doit être appliqué pour trancher le litige” V. Tribunal supreme espagnol, 23 mars 1994, clunet 1997, p. 182.

(٧٧) تضع المادة ١٥ من القانون الدولي الخاص السويسري مبدأ عاماً مؤداه إمكانية العدول عن

تطبيق القانون المشار إليه من قاعدة التنازع إذا تبين للقاضي أن الرابطة القانونية تتصل بصلة

أكثر توافقاً مع قانون آخر ومن ثم يمكن له تطبيق هذا القانون الآخر. ويجري نص المادة ١٥

على الوجه التالي:

“Le droit désigné par la présente loi n'est exceptionnellement pas applicable si, au regard de l'ensemble des circonstances, il est manifeste que la cause n'a qu'un lien très lâche avec ce droit et qu'elle se trouve dans une relation beaucoup plus étroite avec un autre droit”.

(٧٨) تنص المادة ٢/١٤ من القانون الدولي الخاص الإيطالي الصادر سنة ١٩٩٥ على أن:

“Lorsque le juge ne parvient pas à établir la loi étrangère indiquée, même avec l'aide des parties, il appliqué la loi désignée par les autres critères de rattachement éventuellement prévus pour la même hypothèse normative. A défaut, la loi italienne s'applique”.

(٧٩) تنص المادة ٢/٢٣ من القانون البرتغالي الصادر سنة ١٩٦٨ على أن:

هذه القوانين تطبيق قانون القاضي إلا كحل أخير إذا لم يتمكن القاضي من تطبيق عوامل الإسناد المساعدة أو القانون الأقرب صلة بالرابطة القانونية.

ونحن نرى أنه ينبغي التسوية بين دور كل من القانون الوطني للقاضي والقانون الأجنبي الذي تشير إليه قاعدة التنازع الوطنية. فينبغي أن يكون لقاعدة التنازع الوطنية ذات القيمة القانونية سواء أشارت إلى تطبيق قانون وطني أم إلى قانون أجنبي، ولا يجوز أن ينظر إلى مسألة تطبيق القانون الأجنبي على أنها مسألة واقع في حين تعتبر مسألة إثبات القانون الوطني مسألة قانون. فهذا الوضع يؤدي إلى وجود حالة لعدم المساواة في العدالة *une inégalité devant la justice*. فطالما توافرت شروط تطبيق القانون أمام القاضي فعليه تطبيقه، ويتعين أن يكون هذا التطبيق أمراً إلزامياً على القاضي دون أن تكون له أية سلطة تقديرية في هذا المجال^(٨٠).

وغني عن البيان أن النظر إلى القانون الأجنبي على أنه واقعة يقود إلى وجود اختصاص عام *une compétence générale* لقانون القاضي؛ حيث يطبق هذا الأخير طالما لم يطلب الأطراف تطبيق القانون الأجنبي الذي تشير إليه قاعدة التنازع الوطنية، وليس هذا فقط بل لا يكفي أن يطالب الأطراف بتطبيق القانون الأجنبي فعليهم إقامة الدليل على محتوى هذا القانون فإن عجزوا عن ذلك يمكن للقاضي تطبيق القانون الوطني. ويتضح من ذلك أن قانون القاضي *la loi du far* سيطبق في الأغلبية العظمى من الحالات وهذا يتعارض مع قاعدة التنازع الوطنية التي أشارت إلى تطبيق قانون أجنبي باعتباره القانون الذي يلائم العلاقة القانونية من وجهة نظر المشرع الوطني. ولهذا فإننا نجد أن بعض القوانين التي لا تلزم القاضي بتطبيق قاعدة التنازع من تلقاء ذاته، تنص مع ذلك على إمكانية السماح للقاضي بالبحث عن محتوى القانون الأجنبي من تلقاء ذاته دون أن يكون ملتزماً بذلك. من قبيل ذلك قانون مقاطعة

== "en cas d'impossibilité de connaître le contenu de la loi étrangère applicable, on aura recours à la loi qui est subsidiairement compétente".

(٨٠) انظر في هذا المعنى:

Batiffol et Lagarde: Droit international privé, op. cit., p. 533. En même sens v. François Melin: Le connaissance de la loi étrangère par les juges du fond (Recherches sur l'infériorité procédurale de la loi étrangère dans le procès civil), Presse Universitaires d'Aix Marseille, Marseille, 2002, p. 96 et s.

الكيبك الكندي الصادر سنة ١٩٩٢^(٨١). وكذلك قانون دولة جنوب أفريقيا الصادر سنة ١٩٩٨^(٨٢).

والإضافة إلى ذلك فإن الوضع السائد في القانون الفرنسي ومن هنا نحوه يقود إلى قلب الأمور في مجال تنازع القوانين. ذلك أنه عندما يعرض على القاضي الوطني أمر الفصل في رابطة قانونية تتصف بالطابع الدولي أي تحتوي على عنصر أجنبي *élément d'extranéité* فإن الوضع الطبيعي هو تحديد القانون الواجب التطبيق على تلك الرابطة بالرجوع إلى قاعدة التنازع الوطنية وذلك في مرحلة أولى ثم بعد ذلك تأتي مرحلة أو خطوة ثانية تتعلق بالبحث عن محتوى القانون الواجب التطبيق، على أن إعفاء القاضي من تطبيق القانون الأجنبي من تلقاء ذاته وإلزام الأطراف بالمطالبة به والبحث عن محتوى القانون الأجنبي كل هذا يقود إلى النتيجة التالية: يتعين على الأطراف إقامة الدليل على محتوى القانون الأجنبي واجب التطبيق حتى يمكن احترام قاعدة التنازع الوطنية. وبعبارة أخرى فإن تحرك الأطراف من الناحية الإجرائية بإقامة دليل على محتوى القانون الأجنبي هو الذي يقرر الحل الواجب الاتباع في الموضوع وذلك بتطبيق القانون الأجنبي إذا نجح الأطراف في إقامة الدليل عليه أو على العكس بتطبيق قانون القاضي إذا عجزوا عن إقامة هذا الدليل^(٨٣). ومن هنا كان اعتمادنا لفكرة وجوب التزام القاضي بتطبيق القانون الأجنبي من تلقاء ذاته.

ولا ينبغي من وجهة نظرنا التمسك بأن وجود عنصر أجنبي في الرابطة القانونية *l'élément d'extranéité* وهو أمر سابق على وضع قاعدة التنازع موضع التطبيق، بمثابة أمر أو عنصر من عناصر الواقع التي ينبغي على الأطراف إقامة

(٨١) تنص المادة ٢٨٠٩ من القانون المدني لمقاطعة كيبك سنة ١٩٩٢ على أن: "Le tribunal peut prendre connaissance d'office du droit des autres provinces ou territoires du Canada et du droit d'un Etat étranger, pourvu qu'il ait été allégué".

(٨٢) وينص قانون دولة جنوب أفريقيا سنة ١٩٩٨ على أن: "tout tribunal peut prendre judiciaire notice de la loi d'un Etat étranger dès lors que cette loi peut être établie facilement et avec une certitude suffisante".

(٨٣) انظر في هذا المعنى:

François Mélin : La connaissance de la loi étrangère par les juges du fond, op. cit., p. 79 et ss.

الدليل عليها. فينبغي على القاضي الوطني التصدي لوجود أو عدم وجود العنصر الأجنبي الذي من شأنه يمكن القول بأن الرابطة القانونية تتصف بالطابع الدولي ومن ثم يتعين تحديد القانون الواجب التطبيق عليها وفقاً لقواعد تنازع القوانين الوطنية^(٨٤).

ولا شك أن هذا الرأي هو وحده الذي يتفق مع أساس وأهداف قواعد تنازع القوانين. فقاعدة التنازع قد وجدت لفض المنازعات المتعلقة بالعلاقات الخاصة الدولية، وهذه العلاقات يتعين حسمها بواسطة إسناد العلاقة إلى أوثق القوانين صلة بها ولذلك فإن قاعدة التنازع الوطنية تشير بتطبيق القانون الأجنبي استناداً إلى أن هذا القانون - وليس غيره - يعتبر من وجهة نظر المشرع الوطني القانون الأكثر اتصالاً بالعلاقة. وطالما أن الأمر كذلك فإن تطور وازدهار العلاقات الخاصة الدولية يحتم تحقيق نوع من المساواة في المعاملة بين القانون الوطني والقانون الأجنبي. والقول بغير هذا سيؤدي إلى تطبيق القانون الوطني في حالات لا يتصل فيها بالعلاقة بصلة ما، وهو ما يتنافى مع روح قاعدة التنازع الوطنية ذاتها.

وتجدر الإشارة في هذا المقام إلى قرار مجمع القانون الدولي الصادر سنة ١٩٨٩، وهو القرار المتعلق بالتسوية في المعاملة بين القانون الوطني والقانون الأجنبي. وقد أكد هذا القرار على أن قاعدة التنازع لها طابع إلزامي سواء أشارت إلى تطبيق القانون الوطني أو قانون أجنبي. كما أكد القرار ذاته على أنه في الحالة التي يقوم فيها أعمال قاعدة التنازع إلى تطبيق قانون أجنبي فإن القاضي يلتزم من تلقاء ذاته بتطبيق هذا القانون^(٨٥).

(٨٤) انظر في تفصيل ذلك.

Jean-Luc Elhoveiss: L'élément d'extranéité préalable en droit international privé, Clunet, 2003, p. 66 et ss.

(٨٥) نص قرار مجمع القانون الدولي في هذا الشأن علي أن:

“Etant donné le caractère obligatoire de la règle de conflit, quelle désigne la loi étrangère ou le loi du for, il est recommandé aux Etats:
- d'imposer à leurs autorités compétentes de soulever d'office la question de l'applicabilité de la règle de conflit, et
- dans le cas où cette applicabilité est admise, d'appliquer d'office la loi étrangère que cette règle désigne”.

المبحث الثاني

القانون واجب التطبيق على قابلية الحقوق للتصرف

يتعين علينا الآن تحديد القانون الذي يتم الرجوع إليه في شأن تحديد هل الحقوق قابلة للتصرف أم غير قابلة له؟

يتنازع الإجابة على ذلك قانونان هما: قانون القاضي والقانون الذي يحكم الموضوع، ونقوم بعرض هذين الاتجاهين، كل في مطلب مستقل على حده.

المطلب الأول

إخضاع قابلية الحقوق للتصرف إلى قانون القاضي

يذهب البعض إلى القول بأن القانون الذي يتعين تطبيقه على فكرة قابلية الحقوق للتصرف هو قانون القاضي، ويستند هذا الاتجاه إلى الحجج الآتية:

(أ) تطبيق قانون القاضي استناداً إلى أنه يحكم المسائل الإجرائية:

وفقاً لرأي الأستاذ الفرنسي لاجارد يتعين تطبيق قانون القاضي *la lex fori* لتحديد ما إذا كان يمكن للأطراف التصرف في الحقوق المتنازع عليها أم لا. فقانون القاضي له الأولوية في التطبيق على قانون الموضوع في هذا الصدد. ولما كانت قابلية الحقوق للتصرف منصوصاً عليها في المادة ٣/١٢ من قانون الإجراءات المدنية الفرنسية فإن هذا يدل على أن الأمر يتعلق بمسألة إجرائية ومن ثم تخضع لقانون القاضي^(٨٦).

على أن النظر إلى مسألة قابلية الحقوق للتصرف على أنها مسألة إجرائية قد تعرض للنقد. فمن ناحية يلاحظ أنه إذا كان من المستقر عليه أن المسائل الإجرائية تخضع إلى قانون القاضي إلا أن التفرقة بين المسائل الموضوعية ونظيرتها الإجرائية ليست حاسمة ومن الصعب وضع خط فاصل بينها.

أما القول بتطبيق قانون القاضي استناداً لورود النص المتعلق بحرية التصرف في قانون الإجراءات المدنية فهو غير دقيق، لأن هناك نصوصاً في نفس هذا القانون

(٨٦) انظر في تعليق الأستاذ الفرنسي لاجارد على حكم النقض الفرنسي بتاريخ ٤ أكتوبر ١٩٨٩:

والمنشور في:

وقد تم إخضاعها لقانون أجنبي يحكم الموضوع. من قبيل ذلك نص المادة ١٢٢ من قانون الإجراءات المدنية والذي وفقاً له تخضع طرق عدم قبول الدعوى لأسباب معينة - كالتقادم - إلى القانون الذي يحكم الموضوع^(٨٧).

ب) تحديد قابلية الحقوق للتصرف يعد من قبيل التكييف:

من المتعارف عليه أن التكييف *la qualification* في القانون الدولي الخاص يأتي كمرحلة سابقة على تحديد القانون واجب التطبيق بالنسبة لموضوع النزاع. ولذا، لا يمكن خضوع التكييف إلى قانون الموضوع ويخضع إلى قانون القاضي حيث لا يعد التكييف سوى تفسير لقاعدة التنازع الوطنية.

وقد استند البعض في تطبيق قانون القاضي إلى مسألة قابلية الحقوق للتصرف إلى أن الأمر يتعلق بالتكييف السابق لتحديد القانون الذي يحكم الموضوع، ومن ثم يكون من الطبيعي أن يسري على هذه المسألة قانون دولة القاضي.

ويلاحظ أن المسألة التي نبحث لها عن القانون واجب التطبيق لا تتعلق بتحديد طوائف الإسناد وإنما يتعلق الأمر بتحديد الطابع الأمر أو غير الأمر لقواعد التنازع وما إذا كان يمكن للأطراف التصرف في الحقوق التي تتعلق بها قاعدة التنازع أم لا. فالأمر يتعلق إذن بتحديد القوة الإلزامية لقاعدة التنازع بالنسبة للأطراف، وغني عن البيان أن تحديد هذه القوة الإلزامية ينبغي أن يتم وفقاً للمعايير المتبعة في القانون الوطني ذاته.

على أن تطبيق قانون القاضي في هذا الشأن لا يعني الاستبعاد الكلي لقانون الموضوع، فمن المتعارف عليه أنه قد يتعلق الأمر بتكييف مسألة غير معروفة في قانون القاضي، ولذا يمكن للقاضي الاستعانة بالقانون الأجنبي الذي يعرف تنظيماً لتلك المسألة، ثم ينتهي دور القانون الأجنبي عند هذا الحد فيقوم القاضي بالتكييف وفقاً لقانونه بعد أن تعرف على طبيعة المسألة في القانون الأجنبي.

تطبيقاً لذلك قد يتعلق الأمر بمسألة قابلة للتصرف في القانون الأجنبي في حين أنها غير قابلة لذلك في القانون الوطني، فيمكن أن يقوم القاضي الوطني في هذه الحالة

(٨٧) انظر في تفصيل ذلك:

- لتحقيق أهداف القانون الدولي الخاص - التوسع في التكيف والاستناد إلى مفهوم الحق أو المسألة في القانون الأجنبي وقبول إمكانية قيام الأطراف باختيار قانون آخر غير هذا القانون الأجنبي^(٨٨).

المطلب الثاني

إخضاع قابلية الحقوق للتصرف إلى قانون الموضوع

نتعرض فيما يلي للاتجاه القائل بإخضاع قابلية الحقوق للتصرف إلى القانون الذي يحكم الموضوع، ثم نتعرض لتقدير هذا الرأي.

(أ) عرض الرأي القائل بإخضاع قابلية الحقوق للتصرف إلى قانون الموضوع: يتجه بعض الفقه في كل من ألمانيا وفرنسا إلى المناداة بتطبيق قانون الموضوع لتحديد الحقوق القابلة للتصرف les droits disponibles.

ويتم التعرض لهذا الأمر بمناسبة الحديث عن القوة الإلزامية لقاعدة التنازع. ووفقاً للفقه الألماني تعد قاعدة التنازع ذات طابع أمر ولا يمكن أن يكون تطبيقها اختيارياً، والقانون الذي يتعين الرجوع إليه لتحديد قابلية الحقوق للتصرف هو قانون الموضوع وليس قانون القاضي^(٨٩).

ذلك أنه عندما تشير قاعدة التنازع إلى تطبيق قانون أجنبي فإن ما يمكن استبعاده ليس قاعدة التنازع في ذاتها، وإنما القانون الأجنبي المشار إليه، فيمكن للأطراف استبعاد القواعد غير الأمرة من القانون الأجنبي المختص. وطالما أن الأمر كذلك فإن من الواجب أن يترك تحديد الحقوق - التي يملك الأطراف التصرف فيها أي

(٨٨) انظر في تفصيل ذلك:

Bénédicte Fauvarque-cosson: Libre disponibilité des droits et conflits de lois, op. cit., p.54 et s.

(٨٩) قيل في هذا الشأن أن:

“Ce n'est pas la lex fori, mais le droit déclaré applicable par les règles de droit international privé qui doit être déterminé si l'on peut ou non disposer librement de l'action. Si, par exemple, le droit étranger applicable interdit toute renonciation aux actions alimentaires légales, les parties ne pourront disposer de l'action en se référant au principe dispositif consacré par la loi du for”. V. Rainer Frank: Les problèmes actuels posés par l'application des lois étrangères en droit international privé allemand, op. cit., p. 91.

التي يملكون بخصوصها الاتفاق على القانون واجب التطبيق - إلى القانون الذي يحكم الموضوع *lex causae* وليس إلى قانون دولة القاضي.

ووفقاً للأستاذ الفرنسي ماير يتعين أن تخضع مسألة تحديد الحقوق التي يملك الأطراف التصرف فيها إلى القانون الذي يحكم الموضوع وليس قانون القاضي لأن الأمر يتعلق بجوهر الحقوق وليس بتحديد الطائفة القانونية^(٩٠).

ويقرر البعض أيضاً أن تطبيق قانون الموضوع على مسألة قابلية الحقوق للتصرف هو الذي يكفل تحقيق مبدأ المساواة في المعاملة بين القانون الوطني والقانون الأجنبي. فإذا كان القانون واجب التطبيق على الموضوع هو القانون الوطني خضع لهذا القانون تحديد الحقوق التي يملك الأطراف التصرف فيها ويمكنهم بالتالي التنازل عن تطبيق القانون الوطني والمطالبة بتطبيق قانون أجنبي. وعلى العكس من ذلك عندما يتعلق الأمر بقانون أجنبي هو الواجب التطبيق على الموضوع فإن قابلية الحقوق للتصرف تخضع لهذا القانون الأجنبي ذاته وليس لقانون القاضي. ويمكن بالتالي للأطراف التنازل عن تطبيق القانون الأجنبي والمطالبة بتطبيق قانون آخر سواء كان هو قانون القاضي أو أي قانون أجنبي آخر^(٩١).

(٩٠) يضيف الأستاذ ماير مع ذلك أن تطبيق قانون الموضوع على قابلية الحقوق للتصرف أمر غير عملي ويجعل مهمة القاضي عسيرة، لأن عليه قبل أي شيء أن يرجع إلى القانون الأجنبي للتعرف على الحقوق التي يملك الأطراف التصرف فيها. ولذلك يقرر أن:

“En théorie ce devrait être le droit étranger, car la question de la libre disposition touché à la substance des droits, qu’il est reconnu compétent pour régir. Mais cela impliquerait l’obligation pour le juge de rechercher, dans tous les cas, la teneur de la loi étrangère sur le point précis de la libre disposition, avant de pouvoir s’en remettre aux parties pour la recherché des autres règles, si le droit est reconnu disponible. L’allègement de la tâche du juge, que l’on recherché, ne serait pas atteint. Il est donc en pratique préférable de présumer que la libre disponibilité d’un droit est admise par la loi étrangère lorsqu’elle l’est par la loi française, et inversement, sauf preuve contraire que chaque partie serait libre d’apporter”. V. Pierre Lamer: Droit international privé, 5e édition, Paris, Montchrestien, 1994, p. 132.

(٩١) انظر في هذا المعنى:

Danièle Alexandre: Les problèmes actuels posés par l’application des lois étrangères en droit international privé français, in: (Les problèmes actuels posés par l’application des lois étrangères), Actes du colloque austro-franco-germano-suisse de droit international privé comparé des 22 et 23 mai 1986. Travaux de l’institut de droit comparé, LGDJ, Paris, 1988, p. 21.

ب) تقدير الرأي السابق:

ننتهي مما تقدم إلى أن الاعتبارات النظرية توجب القول بخضوع تحديد الحقوق التي يملك الأطراف التصرف فيها إلى القانون الذي يحكم الموضوع، إلا أن الأخذ بهذا من شأنه وضع عبء ثقيل على عاتق القاضي الذي يفصل في النزاع، ولعل هذه الصعوبات هي التي دفعت البعض إلى القول بأن القانون واجب التطبيق على قابلية الحقوق للتصرف هو قانون الموضوع إلا أن القاضي لا يكلف بإقامة الدليل على محتوى القانون الأجنبي في شأن تحديد ما إذا كان الحق قابلاً للتصرف فيه أم لا بل يكلف الخصوم بذلك. فيبتعين على هؤلاء إقامة الدليل على أن الأمر يتعلق بحقوق يملك الأطراف التصرف فيها وفقاً لقانون الموضوع حتى يمكنهم التمسك أمام القاضي بتطبيق قانون آخر.

على أنه من الملاحظ أن تكليف الأطراف بهذه المهمة يعد أمراً عسيراً، لأنه من السواء أن يكون استبعاد الأطراف للقانون الأجنبي يرجع إلى جهلهم معرفة أحكامه وتعذر إقامة الدليل على محتواه بالنسبة لهم، فكيف يمكن القول بعد ذلك بتكليفهم إقامة الدليل على مسألة قابلية الحقوق للتصرف؟

ولذا فإن تطبيق قانون القاضي لا مفر منه في هذه الحالة من أجل التيسير على كل من الأطراف والقاضي.

المبحث الثالث**فكرة قابلية الحقوق للتصرف في مجال التحكيم**

نتعرض في هذا المجال للحديث عن معيار قابلية الخضوع للتحكيم في فرنسا، مدى كفاية معيار قابلية الحقوق للتصرف كمعيار لتحديد المسائل التي يقبل التحكيم بشأنها، القانون واجب التطبيق على قابلية الحقوق للتصرف في مجال التحكيم ثم نختم هذا بالحديث عن المعيار المتبع في القانون السويسري لقابلية التحكيم.

أ) معيار قابلية الخضوع للتحكيم في فرنسا:

تعتبر الحقوق غير القابلة للتصرف وكذلك المسائل التي تتعلق بالنظام العام من الأمور التي لا يجوز التحكيم فيها. وقد ورد النص على ذلك صراحة في المادة

٢٠٥٩^(٩٢) بالنسبة للنوع الأول وفي المادة ٢٠٦٠^(٩٣) بالنسبة لما يتعلق بالنظام العام. على أن التساؤل الذي يفرض نفسه دائماً والذي شغل الفقه هو مدى وجود اختلاف بين نص المادتين السابق ذكرهما وحول مدى العلاقة بينهما، وهل يعني معيار الحقوق غير القابلة للتصرف عن فكرة النظام العام أم لا؟

ويشير الفقه الفرنسي إلى أن فكرة الحقوق غير القابلة للتصرف كانت خلال فترة طويلة غير ظاهرة بالنظر إلى استخدام فكرة النظام العام كمعيار يحدد قابلية المنازعات للفصل فيها بطريق التحكيم l'arbitrabilité. وهكذا يمكن القول بأن قابلية النزاع للتحكيم تعتد على كل من نص المادتين السابقتين. فحتى يكون النزاع قابلاً للتحكيم لا بد من عدم تعلقه بالنظام العام كما يجب أن يتعلق النزاع بحق من الحقوق التي يملك الأطراف التصرف فيها.

على أنه من الملاحظ أن غالبية الفقه الفرنسي ينتقد المشرع في اتخاذه لمعيار النظام العام كقيد يمنع من قابلية المنازعات للتحكيم، ويرى أن فكرة قابلية الحقوق للتصرف تعد كافية وتغني في هذا الشأن عن فكرة النظام العام.

ذلك أن المسائل التي لا يجوز التحكيم فيها والمنصوص عليها على سبيل المثال في نص المادة ٢٠٦٠ يمكن أن تدخل في نص المادة السابقة عليها وهو نص المادة ٢٠٥٩، فكل هذه الأمور والتي لا يجوز التحكيم فيها تعد من الأمور التي لا يملك الأطراف التصرف فيها، ومن ثم لا يجوز التحكيم فيها^(٩٤).

(٩٢) تنص المادة ٢٠٥٩ من القانون المدني الفرنسي على أن:

“Toutes personnes peuvent compromettre sur les droits dont elles ont la libre disposition”.

(٩٣) كما تنص المادة ٢٠٦٠ من هذا القانون على أن:

“On ne peut compromettre sur les questions d'état et de capacité des personnes, sur celles relatives au divorce et à la séparation des corps ou sur les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics et plus généralement dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public”.

(٩٤) انظر في هذا المعنى:

كما لوحظ أن استخدام النظام العام يتسم بالغموض في مجال التحكيم. ففي واقع الأمر يتدخل النظام العام في مرحلتين أمام المحكم:

- فيستخدم النظام العام أولاً لتحديد مدى حرية الأطراف في إبرام اتفاق التحكيم، حيث لا يجوز لهم الاتفاق على التحكيم في الأمور التي تتعلق بالنظام العام، وهو معيار القابلية للتحكيم l'arbitrabilité.

- كما يلجأ المحكم إلى فكرة النظام العام في مرحلة لاحقة للتأكد من عدم مخالفة الحكم الذي سيصدره مع المبادئ الرئيسية المتعارف عليها بين مختلف الأمم والتي تشكل ما يعرف بالنظام العام الدولي. وهنا يعتبر النظام العام قيد يجد من حرية المحكم عند إصداره لحكم التحكيم، ولا يتعلق الأمر هنا بمسألة القابلية للتحكيم.

(ب) مدى كفاية معيار قابلية الحقوق للتصرف:

يؤدي تقييد التحكيم بعدم التعرض للمسائل التي تمس النظام العام إلى وجود خشية دائمة من الطعن في حكم التحكيم إذا تعلق بمسألة تمس النظام العام، خاصة أن ما يتعلق بالنظام العام قد يختلف من دولة إلى أخرى، كما أنه من غير المعروف على وجه التأكيد الدولة التي سيطلب تنفيذ حكم التحكيم بها.

ويلاحظ أن هناك من الأحكام القضائية ما ذهب إلى تبني الرأي القائل بعدم قابلية النزاع للتحكيم في حالة مخالفة النظام العام، كما هو الحال في الحكم الصادر من محكمة استئناف باريس بتاريخ ٢٩ مارس ١٩٩١^(٩٥).

(٩٥) وفقاً لهذا الحكم قضت المحكمة بأن:

“En matière internationale, l'arbitre a compétence pour apprécier sa propre compétence quant à l'arbitrabilité du litige au regard de l'ordre public international, et dispose aussi du pouvoir d'appliquer les principes et règles élevant de cet ordre public, ainsi que de sanctionner leur méconnaissance éventuelle, sous le contrôle du juge de l'annulation; dès lors, hors les cas où la non-arbitrabilité relève de la matière- en ce qu'elle intéresse au plus près l'ordre public international et exclut de manière absolue la compétence arbitrale du fait de la nullité de la convention d'arbitrage- l'arbitre international, dont la mission consiste aussi à assurer le respect de l'ordre public international a le pouvoir de sanctionner les comportements contraires à la bonne foi...”. V. cour d'appeler de Paris, 29 mars 1991, Revue de l'arbitrage 1991, p. 478, note L. Idot.

على أننا نلاحظ عدم دقة القول السابق^(٩٦)، لأنه إذا كان المحكم يلتزم بعدم خرق القواعد المتعلقة بالنظام العام، إلا أنه لا يضمن التزام الأطراف بذلك في اتفاق التحكيم أو في العقد الأساسي المبرم فيما بينهم. ولذلك يرى أغلب الفقه أن النزاع لا يمكن اعتباره غير قابل للتحكيم لمجرد خرق النظام العام وعدم صحة العقد نتيجة لذلك.

وتجدر الإشارة إلى أن عدم قابلية النزاع للتحكيم بسبب مخالفة النظام العام يمكن أن يغني عنه معيار قابلية الحقوق للتصرف. فالحقوق غير القابلة للتصرف لا يمكن للأطراف الاتفاق بخصوصها على إبرام اتفاق تحكيم، وكل ما يتعلق بالنظام العام لا يملك الأطراف بخصوصه حرية التصرف في الحقوق. لذا، فإن معيار قابلية الحقوق للتصرف يعد هو المعيار الأساسي والكافي في نفس الوقت لتحديد قابلية النزاع للتحكيم *l'arbitrabilité des litiges*.

فإذا تعرضنا للأمثلة المذكورة في نص المادة ٢٠٦٠ من التقنين المدني الفرنسي لنتضح لنا كفاية معيار قابلية الحقوق للتصرف. من قبيل ذلك عدم جواز التحكيم في مسائل الحالة والأهلية ومسائل الأحوال الشخصية كالطلاق وعدم جواز لجوء المؤسسات العامة للتحكيم كأمور تتعلق بالنظام العام. إذا تعنا في الأمر سنجد أن هذه الأمور تعد من قبيل المسائل التي لا يملك الأطراف حرية التصرف فيها ولا يجوز للأطراف الاتفاق على القانون واجب التطبيق بشأنها بخلاف ما تقضي به قواعد تنازع القوانين ومن ثم لا تقبل الخضوع للتحكيم. وهكذا نستطيع أن نقرر القاعدة بأن كل ما يتعلق بالنظام العام لا يمكن للأطراف التصرف في الحقوق المتعلقة به.

على أنه من الملاحظ أن القاعدة السابقة لا يمكن تعميمها، ذلك أن هناك أموراً قد تتعلق بالنظام العام ولكنها يمكن أن تخضع للتحكيم. فالقاعدة التي تقرر عدم جواز خضوع الدولة وأجهزتها ومؤسساتها العامة للتحكيم تتعلق بالنظام العام الداخلي إلا أنها

(٩٦) لذلك قيل في هذا الشأن أن:

“Si l'arbitre peut appliquer les textes d'ordre public, il doit également pouvoir en tirer les conclusions sur la validité ou l'invalidité du contrat, le litige ne devenant pas subitement inarbitrable lorsque l'arbitre constate la violation de l'ordre public et donc l'invalidité du contrat”. V. Ch. Jarrosson: Note sous cour d'appel de Paris, 19 mai 1993, Revue de l'arbitrage 1993, p. 655.

لا تسري في المجال الدولي ولا تمنع بالتالي من خضوع الدولة للتحكيم.

وإذا كان القانون الفرنسي يستخدم معياران لتحديد قابلية الخضوع للتحكيم هما النظام العام وقابلية الحقوق للتصرف، فإن معظم القوانين الأخرى لا تأخذ بنفس الاتجاه. ذلك أن معيار قابلية الحقوق للتصرف ينفرد في أغلب القوانين لتحديد قابلية الخضوع للتحكيم، كما هو الحال في بلجيكا وهولندا وألمانيا وإسبانيا والبرتغال وفي قوانين دول أمريكا اللاتينية^(٩٧).

ج) القانون واجب التطبيق على قابلية الحقوق للتصرف في مجال التحكيم:

على أن هناك مشكلة تتعلق بتبني معيار قابلية الحقوق للتصرف في مجال التحكيم، وهي تحديد القانون واجب التطبيق على قابلية الحقوق للتصرف. وقد تعرضنا لتحديد هذا القانون وذكرنا أنه يوجد اتجاهان في هذا الشأن: إما تطبيق قانون القاضي وإما تطبيق قانون الموضوع. وفي مجال التحكيم الدولي لا يقوم المحكم بالفصل في النزاع المعروض عليه باسم دولة ما ومن ثم فلا يوجد قانون قاضي *lex fori* أو قانون محكم *les arbitri* بالنسبة له فهو يفصل في النزاع لأن الأطراف قد اتفقوا على إخضاع النزاع الناشئ عن العقد أو التصرف للفصل فيه بطريق التحكيم. لذا يستبعد تطبيق قانون القاضي في هذا الشأن على مسألة تحديد الحقوق التي يملك الأطراف التصرف فيها.

كما يتعين أن يستبعد كذلك قانون دولة مقر التحكيم من حكم هذه المسألة، إذ إن تطبيق هذا القانون الأخير يقتصر على بعض المسائل الإجرائية التي لم يختار الأطراف لها قانوناً يطبق عليها. ولا تتعلق مسألة تحديد الحقوق التي يملك الأطراف التصرف فيها بصميم تلك المسائل الإجرائية.

ولهذا نرى أن القانون الذي يحكم الموضوع هو الذي يتعين تطبيقه لتحديد ما هي الحقوق التي يملك الأطراف التصرف فيها فيقبل بشأنها خضوعها للتحكيم وتلك التي لا يملك الأطراف التصرف فيها فلا يجوز الفصل فيها بطريق التحكيم، ويعزز المصدر الرضائي لنظام التحكيم تطبيق قانون الموضوع في هذا الشأن، فمما لا شك

(٩٧) انظر في تفصيل ذلك:

فيه أن تطبيق قانون الموضوع وهو في المقام الأول قانون الإرادة المختار من قبل الأطراف يعتبر أمراً منسجماً مع فكرة التوقع المشروع للأطراف.

على أن الصعوبة تنشأ في الحالة التي يتضح فيها أن الأطراف قد اتجهت إرادتهم إلى اختيار قانون لحكم الموضوع وأن تطبيق هذا القانون يقود إلى عدم جواز حسم النزاع بطريق التحكيم نظراً لأن الأمر يتعلق بحق من الحقوق التي لا يملك الأطراف التصرف فيها وفقاً لهذا القانون؟

نعتمد أنه يتعين على المحكم التقيد بما يقضي به القانون واجب التطبيق، ولا يعد هذا حكماً بشئ لم يطلبه الأطراف، ذلك أن إرادة الأطراف ليست مطلقة في مجال القانون واجب التطبيق وإلا لكان للإرادة وحدها الكفاية ولا تكون هناك حاجة لوجود قانون ما، يحكم العقد. لذا، فإن النتيجة التي لا مفر منها أنه يتعين على المحكم أن يقضي بعدم جواز التحكيم في أمر من الأمور التي لا يجوز التحكيم فيها تطبيقاً للقانون المختار من قبل الأطراف لحكم موضوع النزاع، طالما أننا قررنا أن هذا القانون الأخير هو الواجب التطبيق على مسألة تحديد الحقوق التي يملك الأطراف التصرف فيها وهي المسألة المحددة لقابلية الخضوع للتحكيم^(٩٨).

(د) معيار القابلية للتحكيم في سويسرا:

تجدر الإشارة في هذا الشأن إلى المعيار المقرر في القانون السويسري لقابلية الخضوع للتحكيم. فوفقاً للمادة ١/١٧٧ من القانون الدولي الخاص الصادر سنة ١٩٨٨ يعتبر قابلاً للتحكيم كل المسائل ذات الطابع المالي^(٩٩). ويؤدي تبني هذا المعيار من ناحية إلى تجنب المشاكل المصاحبة لتبني القانون الفرنسي لمعيار حرية التصرف *la libre disponibilité* والنظام العام *l'ordre public*، كما يؤدي من ناحية أخرى

(٩٨) يذهب البعض مع ذلك إلى القول بأن المحكم يتعين عليه ألا يحكم بعدم قابلية الخضوع للتحكيم إلا إذا طلب أحد الأطراف منه ذلك. ذلك أنه إذا قضى بذلك من تلقاء ذاته يعتبر أنه قد حكم بشئ لم يطلبه الأطراف *ultra petita* ويعتبر بالتالي متجاوزاً لحدود مهمته المنصوص عليها في اتفاق التحكيم. انظر في هذا المعنى:

Bénédicte Fauvarque-cosson: *Libre disponibilité des droits et conflits de lois*, op. cit., p.98.

(٩٩) تنص المادة ١/١٧٧ من القانون الدولي الخاص السويسري على أن:

“Toute cause de nature patrimoniale peut faire l'objet d'un arbitrage”.

إلى التوسع الكبير في المسائل التي يجوز قبول التحكيم فيها إذ يكفي أن تتطوي المعاملة على طبيعة مالية حتى يقبل التحكيم بشأنها^(١٠٠).

ويشير بعض الفقه في سبيل المقارنة بين معيار الحقوق التي يملك الأطراف التصرف فيها ومعيار الحقوق المالية المتبع في سويسرا بأن هذا المعيار الأخير يعد في أغلب الحالات أوسع من معيار قابلية الحقوق للتصرف، فقد يكون الحق غير قابل للتصرف ولكنه من طبيعة مالية وهو لهذا يقبل التحكيم وفقاً للقانون السويسري بينما لا يقبله تطبيقاً للقانون الفرنسي والقوانين التي تأخذ بالمعيار ذاته. من قبيل ذلك المسائل المتعلقة بالتأمين الاجتماعي *la sécurité sociale* والالتزام بالإطعام *la pension alimentaire*.

. ومن ناحية أخرى قد توجد بصفة استثنائية بعض الحقوق التي يملك الأطراف التصرف فيها مع أنها ليست ذات طبيعة مالية، وهي لذلك لا تقبل الخضوع للتحكيم وفقاً للقانون السويسري وتقبله إعمالاً لمعيار حرية التصرف في القانون الفرنسي ومن سار على نهجه. من قبيل ذلك بعض الحقوق المتعلقة بحماية الشخصية *les droits de la personnalité* كالحق في الاسم *le droit au nom*^(١٠١).

(١٠٠) قضت المحكمة الفيدرالية السويسرية سنة ١٩٩٤ بأن المشرع بإقراره لنص المادة ١٧٧/١ سالف الذكر قد وضع قاعدة مادية في مجال القانون الدولي الخاص تعتمد وفقاً لها قابلية النزاع للتحكيم على طبيعة المسألة المعروضة وأن تكون من طبيعة مالية. كما قضى في حكم آخر صادر أيضاً عن المحكمة الفيدرالية السويسرية سنة ١٩٩٤ بأن:

“Cette solution, qui détermine directement par l’article 177 le critère de l’arbitrabilité, se fonde en particulier sur la volonté d’éviter les difficultés liées à détermination de la loi applicable à l’arbitrabilité, que ce soit la loi applicable au fond, la loi nationale des parties ou la *lex fori*”.

انظر هذه الأحكام مشاراً إليها في:

Paolo Michele Patocchi et Elliott Geisnger: Code de droit international privé annoté, Éditions Payot Lausanne, 1995, p. 439.

(١٠١) انظر في هذا المعنى:

Bénédicte Fauvarque-cosson: Libre disponibilité des droits et conflits de lois, op. cit., p.102 et s.

الفصل الثاني

الاتفاق الإجرائي

يسمى "الاتفاق الإجرائي" بهذه التسمية بهدف التمييز بينه وبين الاتفاق الذي يعقد بين الأطراف لتحديد القانون الذي يطبق على موضوع النزاع وفقاً لقواعد تنازع القوانين وهو ما يطلق عليه اصطلاح "الاتفاق الموضوعي" (١٠٢).

نتعرض فيما يلي للحديث عن مدى إلزامية قاعدة التنازع بالنسبة لأطراف الرابطة القانونية (المبحث الأول)، ثم نتعرض للحديث عن كيفية انعقاد الاتفاق الإجرائي وتحديد مجاله (المبحث الثاني)، وفي المبحث الثالث نتعرض لتحديد أثر الاتفاق الإجرائي على قاعدة التنازع (المبحث الثالث).

المبحث الأول

مدى إلزامية قاعدة التنازع بالنسبة لأطراف

تعرضنا في الفصل الأول من الدراسة الحالية للحديث عن مدى إلزامية قاعدة التنازع بالنسبة للقاضي ورأينا أن غالبية الأنظمة القانونية تلزم القاضي بتطبيق قاعدة التنازع من تلقاء ذاته وأن القانون الفرنسي يقف وحيداً في عدم إلزامه للقاضي بتطبيق قاعدة التنازع إذا أشارت بتطبيق قانون أجنبي.

وسنتعرض هنا للحديث عن مدى التزام الأطراف بالقانون المشار إليه من قبل قاعدة التنازع (المطلب الأول)، كما نتعرض للتمييز بين الاتفاق الإجرائي والاتفاق الموضوعي (المطلب الثاني).

المطلب الأول

مدى التزام الأطراف بالقانون الذي تشير إليه قاعدة التنازع

نتعرض فيما يلي لمبدأ جواز استبعاد الأطراف للقانون الذي تشير إليه قاعدة التنازع، كما نبيّن أن نظام الاتفاق الإجرائي يعد وسيلة لعلاج عيوب قاعدة تنازع القوانين.

(١٠٢) انظر في هذا المعنى:

(أ) مبدأ جواز استبعاد الأطراف للقانون الذي تشير إليه قاعدة التنازع:

تذهب غالبية الأنظمة القانونية في الوقت المعاصر إلى تقرير قاعدة التزام القاضي بتطبيق قاعدة التنازع من تلقاء ذاته، وإذا كان الأمر كذلك فإن تساؤلاً ما، يدور حول مدى حق الأطراف في اختيار قانون آخر يطبق بدلاً من القانون الذي تشير إليه قاعدة التنازع، وهل يلتزم القاضي بتطبيق قانون الإرادة على هذا النحو مستبعداً القانون الذي تشير إليه قاعدة التنازع مع أنه يلتزم بتطبيق هذه القاعدة الأخيرة من تلقاء ذاته؟

بادئ ذي بدء - يلاحظ أن هذا التساؤل تبدو له أهمية ليس فقط في ظل النظام الفرنسي الحالي الذي يقرر عدم وجود التزام على القاضي بتطبيق قاعدة التنازع من تلقاء ذاته وإنما تبدو أهميته أكثر في ظل القوانين التي تأخذ بمبدأ الطابع الإلزامي لقاعدة التنازع بالنسبة للقاضي.

- فإذا قررنا أن القاضي يلتزم بتطبيق قاعدة التنازع من تلقاء ذاته فإنه من الواجب تحديد طبيعة ومجال هذا الالتزام. فلو كان الأمر يقتصر على قواعد التنازع المنصوص عليها في المعاهدات الدولية، فإن معنى ذلك أن القاضي يلتزم بتطبيق قواعد التنازع التعاقدية من تلقاء ذاته ولا يسمح للأطراف باستبعاد القانون المشار إليه من قبل المعاهدة. في حين أن بإمكانهم استبعاد قواعد التنازع الأخرى التي لا تجد مصدرها في المعاهدات الدولية.

أما إذا كانت قاعدة التزام القاضي بتطبيق قاعدة التنازع من تلقاء ذاته تقتصر - بحسب موضوع العلاقة - على المسائل التي لا يملك الأطراف حرية التصرف فيها، فإن هذا الوضع يقود إلى أن هناك مجالاً يمكن فيه للأطراف استبعاد قاعدة التنازع وأن هناك مجالاً آخر لا يمكنهم فيه القيام بذلك. ففي مجال الحقوق التي لا يملك فيها الأطراف حرية التصرف *les droit indisponibles* لا يجوز لهم استبعاد تطبيق القانون الذي تحدده قاعدة التنازع في حين أن في مقدورهم استبعاد هذا القانون عندما يتعلق الأمر بالحقوق التي يملك الأطراف حرية التصرف فيها *les droit disponibles*.

- أما إذا قررنا أن المبدأ هو عدم وجود التزام على القاضي بتطبيق قاعدة التنازع من تلقاء ذاته وإنما له فقط إمكانية تطبيقها فإننا سنجد أنفسنا أمام أحد وضعين إما أن يقرر القاضي تطبيق قاعدة التنازع من تلقاء ذاته، وإما ألا يقوم بذلك.

/ فإذا قرر القاضي تطبيق قاعدة التنازع من تلقاء ذاته فإنه سيقوم بتطبيق القانون الأجنبي المشار إليه. على أن وجود اتفاق للأطراف على تطبيق قانون آخر - على فرض الاعتراف للأطراف بالحق في ذلك - سيحول دون قيام القاضي بتطبيق القانون المحدد من قبل قاعدة التنازع الوطنية.

/ وإذا امتنع القاضي عن استخدام سلطته في تطبيق قاعدة التنازع من تلقاء ذاته فإن معنى ذلك أنه لن يطبق القانون الذي تشير إليه قاعدة التنازع وسيقوم بتطبيق قانونه الوطني إلا إذا تمسك الأطراف بتطبيق القانون الأجنبي الذي تشير إليه قاعدة التنازع. وفي هذه الحالة إذا رأى الأطراف أم من مصلحتهم تطبيق القانون المشار إليه من قبل قاعدة التنازع كان عليهم التمسك به حتى يلتزم القاضي بتطبيقه. أما إذا لم تكن لهم مصلحة في تطبيق هذا القانون المحدد من قاعدة التنازع وإنما تتحقق مصلحتهم بتطبيق قانون آخر فإن عليهم الاتفاق على تطبيق هذا القانون حتى يحولوا دون قيام القاضي بتطبيق قانونه الوطني وهذا هو ما يطلق عليه اصطلاح "الاتفاق الإجرائي" l'accord procedural.

ب) استبعاد القانون واجب التطبيق كوسيلة لعلاج عيوب قاعدة التنازع:

لا يمكن لقاعدة التنازع الوطنية أن تبلغ هدفها إلا إذا تم تحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقة المعروضة على القاضي الوطني. وقاعدة التنازع لا تشير إلى تطبيق قانون محدد على العلاقة القانونية.

فعلى خلاف علاقات القانون الداخلي التي يقوم فيها القاضي الوطني بتطبيق قانونه مباشرة على النزاع، نجد أن الأمر مختلف تماماً في مجال العلاقات الخاصة الدولية. ذلك أن تشجيع روابط التجارة الدولية بين الدول وتسهيل انتقال الأفراد عبر الدول المختلفة يقتضيان أن تقبل كل دولة إمكانية أن يطبق القاضي الوطني القوانين الأجنبية على هذه الروابط.

ومن أجل هذا فإن القانون الأجنبي ينبغي أن يوضع كقاعدة عامة في نفس المركز الذي يوجد فيه القانون الوطني من حيث إمكانية التطبيق. ذلك أن قاعدة التنازع تنسم بأنها قاعدة غير مباشرة تشير إلى تطبيق قانون ما على النزاع، والذي قد يكون قانون القاضي ذاته المعروض عليه النزاع، كما قد يكون قانوناً أجنبياً. فقاعدة التنازع التي تقرر على سبيل المثال إخضاع أهلية الأداء لقانون جنسية الشخص، هذه القاعدة تقود إلى تطبيق

القانون الوطني إذا كان الشخص المعني يتمتع بجنسية الدولة، كما تقود إلى تطبيق قانون دولة أخرى إذا لم يكن الشخص متمتعاً بجنسية دولة للقاضي.

وإذا كانت قاعدة التنازع الوطنية تحقق عدالة توزيع الاختصاص التشريعي بين القانون الوطني والقوانين الأجنبية إلا أن النقد ما لبث أن وجه إليها بدعوى أنها لا تكفل تحقيق عنصر الأمان القانوني *la sécurité juridique* في بعض الأحوال التي يؤدي فيها إعمال قواعد التنازع المعدة سلفاً إلى نتائج غير مرغوب فيها. والسبب في ذلك أن وظيفة قاعدة التنازع المزدوجة الجانب هي مجرد الإشارة إلى القانون واجب التطبيق دون الاهتمام بالنتائج التي تترتب على تطبيقه.

يعتبر منهج تنازع القوانين هو الطريقة المعتادة والعامّة لتحديد القانون الواجب التطبيق في مجال العلاقات الخاصة الدولية. وقد انفردت قاعدة التنازع في الماضي بحكم تلك العلاقات، إلا أن الانتقادات ما لبثت أن وجهت إلى هذا المنهج في تحديد القانون الواجب التطبيق مما أدى إلى ظهور ما يسمى بأزمة تنازع القوانين. وقد أسهمت العديد من العوامل في بروز مناهج جديدة إلى حيز الوجود أهمها زيادة تدخل الدولة في التنظيم الأمر لبعض أوجه النشاط التي كانت محجوزة تقليدياً للأفراد، علاوة على حاجة التجارة الدولية إلى قواعد خاصة تختلف عن قواعد منهج التنازع التقليدي. من أهم المناهج التي ظهرت لتنظيم العلاقات الخاصة الدولية منهج القواعد المادية ومنهج القواعد الضرورية للتطبيق.

وفي نفس السياق نجد أن بعض القوانين تسمح بإمكانية العدول عن القانون المشار إليه من قبل قاعدة التنازع عندما يتضح أنه لا توجد رابطة وثيقة بين هذا القانون والرابطة القانونية، وأن تلك الرابطة الوثيقة تتواجد مع قانون آخر. وهذه الوسيلة لعلاج عيوب قاعدة التنازع والتي تعرف باسم "الشروط الاستثنائية" نص عليها القانون الدولي الخاص السويسري الصادر سنة ١٩٨٨ "المادة ١٥" *les clauses d'exception*^(١٠٣). على أنه من الملاحظ أن هذه الوسيلة متروكة عادة للقاضي الذي يتولى الفصل في النزاع وليس لأطراف الرابطة القانونية.

(١٠٣) تنص المادة ١٥ من القانون الدولي الخاص السويسري في هذا الشأن على أن:

"Le droit désigné par la présente loi n'est exceptionnellement pas applicable si, au regard de l'ensemble des circonstances, il est manifeste que la cause n'a qu'un lien très lâche avec ce droit et qu'elle se trouve dans une relation beaucoup plus étroite avec un autre droit".

وإلى جانب هذه المناهج والطرق الجديدة التي وجدت إلى جوار منهج تنازع القوانين، يعتبر نظام الاتفاق الإجرائي من الوسائل الفعالة لعلاج العيوب التي تنطوي عليها قاعدة التنازع، فإذا أشارت هذه القاعدة بتطبيق قانون ما غير متوقع بالنسبة للأطراف ولا يحقق مصلحتهم فإن بإمكانهم استبعاده والاتفاق على تطبيق قانون آخر. وإذا كانت الشروط الاستثنائية وسيلة بيد القاضي لعلاج عيوب قاعدة التنازع فإن الاتفاق الإجرائي وسيلة بيد الأطراف لتحقيق نفس الهدف.

يتضح لنا من العرض السابق أن الاتفاق الإجرائي من شأنه علاج عيوب قاعدة تنازع القوانين التي قد تشير إلى تطبيق قانون غير متوقع بالنسبة للأطراف وهو الأمر الناتج عما تنسم به قاعدة التنازع المزدوجة الجانب من الطابع الحيادي حيث لا تهتم هذه القاعدة بالحل الذي يفرض إليه تطبيق القانون المشار إليه قدر اهتمامها بتركيز العلاقة أو الرابطة القانونية من الناحية الموضوعية في دولة ما وتطبيق قانون هذه الدولة^(١٠٤).

المطلب الثاني

التمييز بين الاتفاق الإجرائي والاتفاق الموضوعي

نعرض فيما يلي للاتفاق الموضوعي على القانون واجب التطبيق في وقت لاحق لإبرام العقد أو أثناء سير إجراءات النزاع، ثم نتعرض للحديث عن الفوارق بين هذا الاتفاق الموضوعي والاتفاق الإجرائي.

(أ) الاتفاق الموضوعي على القانون واجب التطبيق في وقت لاحق لإبرام العقد أو أثناء سير إجراءات النزاع:

إذا كان من المسلم به أن من حق الأطراف اختيار القانون واجب التطبيق على العقد، فإن الصعوبة تتعلق بالوقت الذي يتعين فيه التعبير عن هذه الإرادة في تحديد القانون واجب التطبيق. فهل يتعين عليهم اختيار هذا القانون وقت إبرام العقد فقط، أم أن في إمكانهم تحديده في وقت لاحق؟ وإذا قام الأطراف باختيار قانون ما للانطباق

(١٠٤) لذلك قيل في هذا الصدد أن:

Inapte à servir la justice matérielle, l'accord procédural permettait cependant de réaliser une justice de rattachement, renforçant à l'égard des parties la prévisibilité et la sécurité juridique". V. Dominique Bureau: L'accord procédural à l'épreuve, op. cit., p. 617.

على النزاع، هل يمكنهم بعد ذلك تعديل هذا الاختيار بإخضاع العقد لقانون آخر؟ من الملاحظ أنه توجد العديد من الأسباب التي قد تدفع الأطراف إلى تأخير تحديد القانون واجب التطبيق إلى وقت لاحق لإبرام العقد: ذلك أن الأمر الذي يهم الطرفين بالضرورة عند إبرام العقد هو الاتفاق على الأمور الفنية الدقيقة المتعلقة بحقوق والتزامات كل منهم، وقد لا يتم التعرض للمسألة الشائكة المتعلقة بتحديد القانون واجب التطبيق خشية فشل المفاوضات بسبب عدم الاتفاق حول القانون الذي يتعين إعماله. لذلك يفضل الأطراف إرجاء مسألة تحديد القانون واجب التطبيق إلى وقت لاحق إبرام العقد بينهم. كما قد يتفق الأطراف لحظة إبرام العقد على تطبيق قانون دولة ما على ما قد ينشأ عن تنفيذه من منازعات، ثم يتبين لهم بعد ذلك عدم ملائمة تطبيق هذا القانون ويرغبون بالتالي في تغيير قانون الإرادة، ويرجع ذلك لأسباب عديدة كما هو الحال بالنسبة لتغيير مكان تنفيذ العقد أو لتغيير المقر الرئيسي للمشروع المزمع إقامته ... الخ^(١٠٥).

ومعنى ما تقدم أنه توجد حالتين لاختيار القانون واجب التطبيق في وقت لاحق لإبرام العقد: إما ألا يحدد الأطراف هذا القانون عند إبرام العقد ويقومون باختياره في وقت لاحق *le choix tardif*، وإما أن يرغب الأطراف في تغيير القانون الذي سبق لهم تحديده للانطباق على موضوع النزاع *le changement postérieure*. وقد ثار الجدل في فقه القانون الدولي الخاص حول مدى إمكانية التحديد اللاحق للقانون واجب التطبيق على موضوع النزاع، ويمكن أن نميز بين اتجاهين أساسيين في هذه الشأن:

- وفقاً للاتجاه الأول ليس من حق الأطراف اختيار القانون واجب التطبيق في وقت لاحق لإبرام العقد. لهذا إذا لم يقر الأطراف باختيار هذا القانون عند إبرام العقد فلا يستطيعون تحديده بعد ذلك ويتولى القاضي مهمة تحديده في غيبة قانون الإرادة. كما يترتب على ذلك أيضاً أن اختيار الأطراف للقانون واجب التطبيق عند إبرام العقد يعتبر تحديداً نهائياً فلا يملكون تعديل هذا الاختيار في وقت لاحق.

(١٠٥) انظر في تفصيل ذلك:

وقد تبنت هذا الاتجاه محكمة النقض الإيطالية في حكمها الصادر في ٢٨ يونية ١٩٦٦، حيث قضت بأن اختيار الأطراف للقانون واجب التطبيق لن يكون مقبولاً في الحالة التي يتبين فيها أن هذا الاختيار قد تم في تاريخ لاحق لإبرام العقد. وقد فسر البعض استبعاد قانون الإرادة على هذا النحو استناداً إلى أن الاختيار اللاحق يؤدي إلى منح الأطراف سلطات غير طبيعية حيث يمكن لهم، عن طريق هذا الاختيار اللاحق، إخضاع العقد لقانون يؤدي إلى إبطاله بعد أن كان صحيحاً وفقاً للقانون السابق تحديده، كما يمكنهم تعديل الالتزامات الناشئة عن العقد، وكذلك يؤدي تغيير القانون واجب التطبيق إلى تعديل القواعد المتبعة في تفسير العقد ... الخ (١٠٦).

وهكذا يرفض هذا الاتجاه منح الأطراف الحق في التحديد اللاحق للقانون واجب التطبيق وأنه ينبغي عليهم تحديده في وقت إبرام العقد. ذلك أن القانون المختار لحكم العقد يعتبر هو الأساس القانوني لوجود العقد، وإذا تم استبعاد هذا الأساس القانوني فإن العقد يكون لا وجود له. لذلك فإن السماح للأطراف باختيار قانون آخر لحكمه يعني أن الأساس القانوني لوجود العقد قد تغير، ومن ثم فإننا نكون أمام عقد جديد غير العقد المبرم أصلاً بين الأطراف.

- وقد تم هجر الاتجاه السابق وأصبح الاتجاه السائد في الدول المختلفة هو إطلاق الحرية للأطراف في تحديد وقت اختيار القانون واجب التطبيق. فلهم الحق في اختيار هذا القانون لحظة إبرام العقد، كما أن لهم إبرام العقد دون التعرض فيه لمسألة القانون واجب التطبيق ثم يقومون بتحديدته في وقت لاحق أو يقومون بتعديل الاختيار السابق لهم في حالة تحديده من قبل.

وفيما يتعلق بشكل الاتفاق اللاحق على تحديد القانون واجب التطبيق يمكن القول أنه يوجد اتجاهين في هذا الشأن:

/ الاتجاه الأول يذهب إلى ضرورة وجود اتفاق صريح من قبل الأطراف على القانون الموضوعي واجب التطبيق. ويشكل القانون الفرنسي والقانون النمساوي أمثلة على هذا الاتجاه.

(106) V. Mario Giuliano: La loi applicable au contrat, problèmes choisis, RCADI, tome 158, 1977, p. 220. Tomaszewski: La désignation postérieure à la conclusion du contrat de la loi qui le régit, op. cit., p. 588. Giuliano-Lagarde, rapport concernant la convention de Rome 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, journal officiel des communautés européennes. 1980, n° C282, p. 17 et ss.

ففي قضية بات، عابت محكمة النقض الفرنسية^(١٠٧) على قاضي الموضوع استبعاده لشرط الضمان المنصوص عليه في العقد دون البحث عن ذلك وفقاً للقانون واجب التطبيق على عقد البيع والذي لا يوجد اتفاق صريح من قبل الأطراف على استبعاد تطبيقه.

ووفقاً للقانون الدولي الخاص النمساوي الصادر في ١٥ يونيو ١٩٧٨ تخضع الالتزامات للقانون المختار من قبل الأطراف صراحة أو ضمناً. على أن هذا القانون استثنى من ذلك الحالة التي يتم فيها اختيار القانون واجب التطبيق أثناء سير إجراءات النزاع حيث تطلب أن يكون هذا الاتفاق صريحاً^(١٠٨).

// أما الاتجاه الثاني فنستطيع أن نقرر أنه يشمل - باستثناء القانون الفرنسي والنمساوي - القوانين الأخرى التي لا تفرق بين الاختيار الصريح والاختيار الضمني فكل منهما كاف وملزم للقاضي سواء تم اختيار هذا القانون وقت إبرام العقد أو في وقت لاحق. من قبيل ذلك القانون الألماني والقانون السويسري^(١٠٩) والقانون الهولندي، وفي إنجلترا كذلك اعتد القضاء الإنجليزي بالإرادة الضمنية في تحديد القانون واجب

(١٠٧) انظر في ذلك:

Cass. civ. 4 octobre 1989, Revue critique de droit international privé, 1990, p. 316.

(١٠٨) تنص المادة ٣٥ من القانون الدولي الخاص النمساوي علي أن:

“Les obligations sont régies par le droit que les parties désignent explicitement ou implicitement”.

علي أن المادة السابقة أوردت استثناء علي ذلك وفقاً له:

“Le choix du droit applicable fait de manière implicite dans une instance pendante n’est pas observé”.

(١٠٩) لذلك نجد أن المحكمة الفيدرالية السويسرية قد أكدت علي ضرورة الالتزام بقانون الإرادة

طالما أنه لم يتغير من جانب الأطراف. وقد قضت المحكمة بأن:

“Tant qu’elle n’a pas été annulé ou modifié, l’élection de droit détermine le droit applicable au contrat, jusqu’à l’extinction de la totalité des obligations qui en sont issues”.

وقررت المحكمة كذلك أن:

“Lorsque les parties ont fait élection de droit lors d’un précédent process sans la limiter a ce process, seule une révocation ou une modification contractuelle pourrait donc modifier la situation juridique créée par cet accord”. V. Tribunal fédéral Suisse, 18 mai 1965, cité par Lalive. Clunet 1970, p. 417.

التطبيق^(١١٠).

وإذا كان للأطراف حرية تحديد القانون واجب التطبيق في وقت لاحق لإبرام العقد، إلا أن هذا التحديد ينبغي أن يكون حقيقياً. لهذا فإن المحكمة الفيدرالية السويسرية قد اشترطت لإعمال هذا الاختيار اللاحق ما يلي:

١- ينبغي أن يكون لدى الأطراف المعرفة والإدراك بأن في إمكانهم الاختيار بين قانونين على الأقل. لذلك قضت المحكمة الفيدرالية بأنه "لا يكفي أن يذكر الأطراف بصفة عابرة نفس القانون أثناء سير إجراءات النزاع. ذلك أن اختياره قانون ما ليخضع له الأطراف يفترض أن يكون لدى الأطراف الإدراك والإرادة المتجهة نحو التقيد بهذا الاختيار. وهذا الاختيار الواعي *le choix conscient* يعتبر أمراً ضرورياً"^(١١١).

٢- كما يجب أن يتوافر لدى الأطراف إرادة تطبيق القانون الذي قاموا بالإحالة عليه ليس لاعتقادهم باختصاص هذا القانون للانطباق موضوعياً، وإنما لأن الأطراف يرغبون بصفة شخصية في انطباقه على العقد^(١١٢).

ويرتكز قبول الاختيار اللاحق للقانون واجب التطبيق على مبدأ سلطان الإرادة ذاته المسلم به في نطاق العلاقات الدولية الخاصة. فإذا كان المسلم به أن لطرفي العقد الحق في اختيار القانون واجب التطبيق، فمما لا شك فيه أن بإمكانهم، تبعاً لتطور العلاقات التجارية بينهم، اختيار القانون الملائم لمعمليتهم التعاقدية حتى ولو كان هذا الاختيار لاحقاً لإبرام العقد.

وتجدر الإشارة إلى أن القانون التعاهدي قد سمح لإرادة الأطراف باختيار القانون واجب التطبيق في وقت لاحق لإبرام العقد. فوفقاً للمادة ٢/٣ من معاهدة روما فإنه يمكن للأطراف الاتفاق، في أي وقت، على استبدال القانون الذي يخضع له العقد بقانون آخر. ولا يؤثر أي تغيير للقانون واجب التطبيق بعد إبرام العقد على سلامة

(١١٠) انظر في تفصيل ذلك:

Bénédicte Fauvarque-cosson: Libre disponibilité des droits et conflits de lois, op. cit., p.267 et.

(111) V. Tribunal fédéral Suisse, 5 octobre 1965, cité par LALIVE, Clunet, 1970, p.423.

(112) Arrêt du 15 août 1962, cite par Tomaszewski, op. cit., p.74 et s.

العقد من حيث الشكل وفقاً للمادة التاسعة كما لا يؤثر على حقوق الغير".

وفي نفس السياق أقر مجمع القانون الدولي حق الأطراف في الاختيار اللاحق للقانون واجب التطبيق على العقد. وفي ذلك تنص المادة ٦ من قرار المجمع الصادر سنة ١٩٩٢ على أن:

١- يمكن للأطراف، بعد إبرام العقد، اختيار القانون واجب التطبيق أو تغيير

الاختيار السابق له.

٢- ولهم كامل الحرية في أن يعطوا لهذا الاختيار أثراً رجعياً، بشرط عدم

المساس بالحقوق المكتسبة للغير^(١١٣).

وفي مجال التحكيم أكدت العديد من قرارات التحكيم على إمكانية قيام الأطراف بتحديد القانون واجب التطبيق في وقت لاحق لإبرام العقد. وتوجد في هذا الشأن العديد من الأمثلة في قضايا تم الفصل فيها بواسطة مركز تسوية منازعات الاستثمار الذي تم إنشاؤه وفقاً لمعاهدة واشنطن المبرمة سنة ١٩٦٥. ففي أحد هذه القرارات فإنه على الرغم من أن العقد المبرم بين الأطراف قد جاء خالياً من التعرض لمسألة القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع، إلا أن المحكمة قد فصلت في النزاع وفقاً لنظام التحكيم بقواعد العدالة *ex aequo et bono*، وذلك وفقاً للاتفاق المبرم بين الأطراف أثناء نظر إحدى جلسات النزاع^(١١٤).

وفي قرار آخر صادر من نفس المركز قررت هيئة التحكيم أن "ما أثير من جدل شديد حول مسألة التحديد المبني للقانون واجب التطبيق عند إبرام العقد لا يعتبر أمراً ملائماً في مجال التحكيم، ذلك أن الأطراف قد اتفقوا، في أثناء مناقشتهم ودفاعاتهم المتبادلة، على تطبيق اتفاقية الاستثمار السريلانكية الرومانية وكذلك القواعد المناسبة في القانون الوطني أو الدولي"^(١١٥).

ويستفاد مما تقدم أنه يمكن للمحكم أن يستخلص من تصرف الأطراف أثناء

(113) V. les travaux préparatoires, annuaire de l'institut, 1991, vol 64, tome 1, p. 43 et la résolution vol 64. tome II, 1992, p.382.

(114) V. sentence Benvenuti et Bondant c/ Congo de 8 août 1980, sentences arbitrales et décisions de comites AD HOC du CIRDI, extrait n 1, Revue de l'arbitrage, 1994, p.189.

(115) V. sentence AAPL c/ République du SRI LANKA de 27 juin 1990, extrait n 5. ibid., p.196.

نظر إجراءات النزاع اتجاه إرادتهم نحو تطبيق قانون معين على النزاع. وإذا قام الأطراف باختيار القانون واجب التطبيق في وقت لاحق لإبرام العقد فإن هذا الاختيار له نفس القوة والقيمة القانونية للاختيار الذي يتم عند إبرام العقد. لهذا يلتزم القاضي أو المحكم بتنفيذ قانون الإرادة على الرغم من أن هذه الأخيرة قد تم التعبير عنها في وقت لاحق لإبرام العقد. والقول بغير ذلك معناه أننا نسمح للأطراف بالاختيار اللاحق للقانون واجب التطبيق ثم نرفض أن نرتب على هذا الاختيار النتائج المرتبطة به من حيث التزام هيئة التحكيم باحترام قانون الإرادة.

وترتيباً على ذلك فإننا ننتقد الحكم الصادر من المحكمة العليا الألمانية الذي قررت فيه أنه "طالما أن القانون الإنجليزي لم يتم تحديده في العقد وإنما أثناء نظر الإجراءات، فإن هذا الاختيار للقانون واجب التطبيق سيكون أقل إلزاماً للمحكم من ذلك الاختيار الذي يتم في وقت إبرام العقد"^(١١٦). ويلاحظ هنا على وجه الخصوص أن مبدأ الاختيار اللاحق للقانون واجب التطبيق قد تم إقراره بواسطة القانون الدولي الخاص الألماني الصادر بتاريخ ٢٥ يولييه ١٩٨٦. وفقاً للمادة ٢/٢٧ من هذا القانون "يمكن للأطراف في أي وقت إخضاع العقد لقانون آخر غير ذلك الذي كان يخضع له من قبل"^(١١٧).

وتجدر الإشارة إلى أنه في الحالة التي يظهر فيها الأطراف إرادتهم في اختيار قانون ما في وقت لاحق لإبرام العقد، فإن القانون المختار على هذا النحو يحكم العقد بأثر رجعي أي منذ لحظة إبرام العقد. ويتفق هذا الحل مع مبدأ وحدة النظام القانوني للعقد، كما أنه يعتبر نتيجة منطقية لقبول الاختيار اللاحق للقانون واجب التطبيق^(١١٨).

(116) Arrêt du Bundesgerichtshof de 26 septembre 1985, Bulletin de l'association Suisse d'arbitrage, 1986, p.153.

(١١٧) انظر نص القانون الدولي الخاص الألماني الصادر بتاريخ ٢٥ يولييه ١٩٨٦ منشوراً في:

Revue critique de droit international prive, 1987, p.170.

(118) Lagarde: Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la convention de Rome du 19 juin 1980, Revue critique, 1991, p. 304. Mayer: Droit international prive, op. cit., p. 469. Kassis: Le nouveau droit européen des contrats internationaux, LGDJ, 1993, p. 396. Tomaszewki: La désignation postérieure..., op. cit.. p. 596. Au contraire MM. Loussouarn et Bourel soulignent que l'effet rétroactif s'explique par le droit transitoire interne, c'est a dire la survie de la loi initialement désigné. V. Loussouarn et Bourel: Droit international privé. op. cit.. p. 402.

وإذا كان القرار الصادر من مجمع القانون الدولي سنة ١٩٩٢^(١١٩) قد ترك للأطراف الحرية في تطبيق القانون المختار لاحقاً على إبرام العقد بأثر رجعي، إلا أنه في حالة الشك أو في الحالة التي لا يتعرض فيها الأطراف لتحديد ما إذا كان القانون المختار يطبق بأثر رجعي أم بأثر فوري، فإنه ينبغي الأخذ بالأثر الرجعي لأنه يضمن وحدة العقد.

وتوجد من القوانين الوطنية ما تنص صراحة على أن للاختيار اللاحق أثراً رجعياً. من قبيل ذلك نص المادة ٣/١١٦ من القانون الخاص السويسري التي تنص على أن: "يمكن أن يتم اختيار القانون واجب التطبيق أو تعديله في أي وقت. وفي حالة اختياره في وقت لاحق لإبرام العقد فإن هذا الاختيار يترد إلى وقت إبرام العقد مع عدم المساس بحقوق الغير".

ونخلص مما تقدم أن الأطراف يملكون تحديد القانون واجب التطبيق في وقت لاحق لإبرام العقد. إلا أن حريتهم إزاء ذلك تخضع تحت قيدين أساسيين:

- فمن ناحية ينبغي ألا يؤثر الاختيار اللاحق للقانون واجب التطبيق على سلامة العقد من حيث الشكل. وذلك يعتبر أمراً منطقياً، لأنه لا يعقل أن نتجه إرادة الأطراف بعد إبرام العقد والبدء في تنفيذه إلى اختيار قانون ما يؤدي تطبيقه إلى إبطال العقد.

- ومن ناحية ثانية فإنه ينبغي عدم المساس بحقوق الغير حسنى النية. فالغير الذي يستفيد مثلاً من اشتراط لمصلحته وفقاً للقانون المختار من قبل الأطراف وقت إبرام العقد لا يجوز المساس بحقه إذا قام الأطراف بتعديل القانون واجب التطبيق في وقت لاحق^(١٢٠).

(١١٩) تجدر الإشارة إلى أنه وفقاً لرأي بعض أعضاء مجمع القانون الدولي فإنه حتى يمكن تفادي تجزئة العقد ينبغي في جميع الأحوال أن يؤخذ بالأثر الرجعي للاختيار اللاحق علي إبرام العقد. انظر في ذلك:

Annuaire de l'IDI, vol 64, tome 1, p.43 et 74.

(120) V. en ce sens, Tomaszawski: La désignation postérieure..., op. cit., p. 598 et ss. Lagarde: Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrés en vigueur de la convention de Rome du 19 juin 1980, op. cit., p. 304 et ss.

ب) الفوارق بين الاتفاق الإجرائي والاتفاق الموضوعي:

يختلف الاتفاق الإجرائي عن الاتفاق الموضوعي من عدة نواح: فمن حيث الشكل نجد أن الاتفاق الموضوعي l'accord de fond يترك فيه قدر من الحرية للإرادة الضمنية للأطراف كما هو الحال بالنسبة لموقف الأطراف أثناء سير إجراءات النزاع أما الاتفاق الإجرائي l'accord procedural فإنه يتعين أن يكون اتفاقاً صريحاً un accord exprès وفقاً لنص المادة ١٢ من قانون الإجراءات المدنية الفرنسية.

ومن الملاحظ أن الأنظمة القانونية التي تشترط في الاتفاق الإجرائي أن يكون هذا صريحاً تتطلب كذلك في الاتفاق الموضوعي اللاحق لإبرام العقد أن يكون صريحاً، فلا اعتداد في فرنسا بالاتفاق الضمني سواء في مجال الاتفاق الإجرائي أو في مجال الاتفاق الموضوعي الذي من شأنه التعبير عن القانون واجب التطبيق أثناء سير إجراءات النزاع. على أن هذا الاشتراط للتعبير الصريح عن الإرادة لا يتفق مع ما هو سائد في فرنسا فقهاً وقضاءً من أنه إذا قام الأطراف بتغيير القانون واجب التطبيق في وقت لاحق لإبرام العقد فإن هذا التغيير اللاحق le choix postérieur يخضع لنفس القواعد المتعلقة بالاختيار المبدئي الأصلي le choix initial.

ويمكن القول بأن الشكل المتطلب في اتفاق الأطراف يرتبط ارتباطاً وثيقاً بمدى التزام القاضي بتطبيق قاعدة التنازع من تلقاء ذاته:

فإذا لم يكن القاضي ملتزماً بتطبيق قاعدة التنازع من تلقاء ذاته كما هو الحال في فرنسا بالنسبة للحقوق التي يملك الأطراف التصرف فيها les droits disponibles، فإن الاتفاق بين الأطراف ليس ضرورياً على تطبيق القانون الوطني أي القانون الفرنسي. ذلك أنه يكفي في هذه الحالة ألا يطالب الأطراف بتطبيق القانون الأجنبي المحدد من قبل قاعدة التنازع فيقوم القاضي بتطبيق القانون الوطني مباشرة لأنه ليس ملزماً بتطبيق القانون الأجنبي من تلقاء ذاته. من الواضح هنا أن الطابع الاختياري لقاعدة التنازع بالنسبة للقاضي له تأثير مباشر على شكل الاتفاق الإجرائي. إذا لاحظنا أن هذا الأخير يهدف في غالب الأحوال إلى كفالة تطبيق القانون الوطني. فلا يلزم وجود اتفاق صريح بما إنه لا يلزم وجود اتفاق على الإطلاق إذ يقوم القاضي - في غيبة وجود التزام عليه بتطبيق قاعدة التنازع من تلقاء ذاته - بتطبيق قانونه الوطني.

على أنه من الملاحظ أنه حتى في ظل القانون الفرنسي يمكن للقاضي تطبيق قاعدة التنازع من تلقاء ذاته، إن لم يكن ملتزماً بتطبيقها من تلقاء ذاته إلا أنه ليس ممنوعاً عليه أن يطبق من تلقاء ذاته القانون الذي تشير إليه قاعدة التنازع. كما يلاحظ كذلك أن عدم وجود اتفاق إجرائي يقتصر أثره على تطبيق القانون الوطني للقاضي الفرنسي إذا لم يطبق من تلقاء ذاته القانون الأجنبي المحدد من قاعدة التنازع.

ولهاتين الملاحظتين دلالة هامة وهي، أنه إذا كان لدى الأطراف الرغبة الأكيدة في تطبيق قانون أجنبي فإن عليهم الالتزام بنص المادة ١٢ من القانون الفرنسي التي توجب الاتفاق الصريح وليس الضمني حتى يلتزم القاضي بهذا الاتفاق الإجرائي.

- أما إذا كان القاضي ملتزماً بتطبيق قاعدة التنازع من تلقاء ذاته كما هو الحال في أغلب الأنظمة القانونية في الوقت المعاصر على نحو ما أوضحناه في الفصل الأول من الدراسة، فإن فائدة الاتفاق الإجرائي لا تختفي مع ذلك. ذلك أن القاضي يلتزم بتطبيق قانون محدد هو القانون المشار إليه بواسطة قاعدة التنازع التي يلتزم بإعمالها طالما لم يوجد اتفاق بين الأطراف على تطبيق قانون آخر. فالاتفاق الإجرائي يكفل تطبيق قانون آخر غير القانون المحدد من قاعدة التنازع الوطنية سواء أكان هذا الأخير هو القانون الوطني أو قانون أجنبي.

والخلاصة أنه بينما يتطلب القانون الفرنسي الاتفاق الصريح في كل من الاتفاق الإجرائي "نص المادة ١٢ من قانون الإجراءات المدنية" وفي الاتفاق الموضوعي الذي يحدد القانون واجب التطبيق أثناء سير إجراءات النزاع "تأكيد من القضاء الفرنسي" فلا اعتداد في كلا الاتفاقين بالإرادة الضمنية، نجد أن الكثير من القوانين الأخرى لا تشترط الإرادة الصريحة في الاتفاق على القانون واجب التطبيق في وقت لاحق لإبرام العقد بل تكفي بالإرادة الضمنية ذات الطابع المؤكد *l'accord implicite certain*.

والاختلاف الثاني يتعلق بالقانون الذي يتعين الرجوع إليه في شأن صحة وسلامة اتفاق الأطراف: فبالنسبة للاتفاق الموضوعي يرجع في ذلك إلى القانون واجب التطبيق على الموضوع والمختار من قبل الأطراف، أما الاتفاق الإجرائي فيطبق عليه القانون الوطني لأنه يهدف إلى تحديد مجال نزاع خاضع للقاضي الوطني ولذا فإن صحة هذا الاتفاق الإجرائي تكون بتطبيق القانون الوطني ذاته.

ولعل أهم ما يميز الاتفاق الإجرائي عن الاتفاق الموضوعي أنه في نطاق العقود طويلة المدة يسمح الاتفاق الإجرائي للأطراف بحل وقتي لمشكلة أو نزاع ما، وذلك دون الإخلال بالسير الطبيعي للعملية التعاقدية. فعلى اثر حدوث نزاع بين الأطراف يمكنهم أثناء سير إجراءات النزاع الاتفاق على تطبيق قانون ما، يقتصر أعماله فقط على هذا النزاع فيصير اتفاقاً إجرائياً، أما إذا أراد الأطراف عدم قصر تطبيق هذا القانون على هذا النزاع بالذات وإنما شموله لكل ما يتعلق بالعملية التعاقدية في المستقبل فإن الأمر يتعلق في هذا الحالة باتفاق موضوعي وليس باتفاق إجرائي.

كما أن هناك اختلافاً بين الاتفاق الإجرائي والاتفاق الموضوعي فيما يتعلق بقدر الحرية المتاحة للأطراف في اختيار القانون واجب التطبيق: فإذا تعلق الأمر باتفاق موضوعي من حق الأطراف اختيار تطبيق قانون وطني صادر عن دولة ما، كما في إمكانهم اختيار قواعد قانونية غير وطنية كما هو الحال بالنسبة لعادات التجارة الدولية والمبادئ العامة للقانون. ومن الملاحظ أن تطبيق هذه القواعد القانونية الغير وطنية يعد من الأمور المعتادة في مجال التحكيم الدولي. أما إذا تعلق الأمر باتفاق إجرائي ليس من حق الأطراف اختيار قواعد قانونية غير وطنية ويتعين عليهم اختيار قانون وطني.

كما أن هناك اختلاف بين هذين الاتفاقيين فيما يتعلق بموضوع وقيمة الاتفاق: فإذا تعلق الأمر باتفاق موضوعي فإن القانون واجب التطبيق يسري وفقاً لقواعد التنازع على كل عناصر العقد طالما لا توجد تجزئة للقانون واجب التطبيق من قبل الأطراف كما أن هذا الاتفاق الموضوعي يسري بالنسبة للمستقبل إلا إذا قام الأطراف بتعديل القانون واجب التطبيق في وقت لاحق. أما بالنسبة للاتفاق الإجرائي فإنه لا يسرى إلا على النزاع المرتبط به وهو بهذا يتفوق على الاتفاق الموضوعي l'accord du fond المحدد من قبل الأطراف وفقاً لقواعد تنازع القوانين ولكنه لا يتعلق إلا بالنزاع المرتبط به فلا يسرى بالنسبة للمستقبل^(١٢١).

(١٢١) قيل في هذا الشأن أن:

“En cas de conflit entre l'accord procédural et l'accord de fond, le premier doit l'emporter. En effet, tandis que l'accord de fond s'effectue pour l'avenir, dans l'incertitude de la nature des différends qui pourraient opposer les parties, le choix opéré en cours d'instance est à la fois plus ==

ويمكن القول بأن الاتفاق الموضوعي يعد عنصراً داخلياً ومكوناً لقاعدة تنازع القوانين *un element constitutif de la règle de conflit*، وذلك لأن قاعدة التنازع ذاتها هي التي تسمح للأطراف باختيار القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع أما الاتفاق الإجرائي فإنه يهدف إلى استبعاد قاعدة التنازع، وذلك أنه بعد قيام الأطراف باختيار القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع يمكن بواسطة الاتفاق الإجرائي استبعاد إعمال القانون الموضوعي وتطبيق قانون آخر.

وبينما يرتكز الاتفاق الموضوعي على مبدأ سلطان الإرادة *le principe d'autonomie de la volonté* المعترف به من قبل مختلف الأنظمة القانونية، يرتكز الاتفاق الإجرائي على فكرة الحقوق التي يملك الأطراف التصرف فيها *libre disponibilité des droits*.

ويمكن القول بأن الاتفاق الإجرائي يؤدي نفس الوظيفة التي تقوم بها الشروط الاستثنائية *les clauses d'exception*. فهذه الشروط الأخيرة تهدف إلى استبعاد القاضي للقانون الذي تشير إليه قاعدة التنازع إذا اتضح له أن هناك قانون آخر على صلة أكثر وثيقاً بالرابطة القانونية. كما يسمح الاتفاق الإجرائي باستبعاد القانون المحدد من قبل قاعدة التنازع بغض النظر عن وثيقة الصلة التي قد توجد مع الرابطة القانونية. وفي مجال الشروط الاستثنائية يتم استبعاد قاعدة التنازع المعتادة من قبل القاضي عادة، أما في مجال الاتفاق الإجرائي فإن الأطراف وليس القاضي هم الذين يستبعدون قاعدة التنازع، ويقوم القاضي بعد ذلك بوضع اتفاق الأطراف موضع التنفيذ^(١٢٢).

== circonscrit et mieux éclairé: il tend à éliminer du débat judiciaire les points de fait ou de droit sur lesquels a porté leur accord C'est pourquoi il semble préférable d'attribuer une force plus grande au choix exprimé durant l'instance qu'à celui que les parties ont pu faire avant d'être informées de l'enjeu exact de leur différend". V. Bénédicte Fauvarque-Cosson: Libre disponibilité des droits et conflits de lois, op. cit., p. 251.

(١٢٢) لذلك قيل في هذا الشأن أن:

"On peut donc en quelque sorte considérer que les règles de conflit traditionnelles sont doublées par une règles de conflit subsidiaire générale qui leur confère un caractère supplétif lorsque les droits litigieux sont disponibles". V. Bénédicte Fauvarque-cosson: Libre disponibilité des droits et conflits de lois. op. cit., p.250.

ومع ذلك فإنه من الملاحظ أن الاتفاق الإجرائي يهدف إلى نفس ما يهدف إليه مبدأ سلطان الإرادة في نطاق القانون الدولي الخاص. فهذا المبدأ يهدف إلى توسيع نطاق الحرية المتروكة لإرادة الأطراف في تحديد القانون واجب التطبيق، ويهدف الاتفاق الإجرائي إلى نفس الشيء. وهذا يتفق مع الاتجاه الحديث في مختلف الأنظمة القانونية المعاصرة التي تترك قرأً من الحرية للأطراف في بعض قواعد تنازع القوانين.

المبحث الثاني

انعقاد الاتفاق الإجرائي وتحديد مجاله

نحدث فيما يلي عن كيفية انعقاد الاتفاق الإجرائي (المطلب الأول)، وعن المجال الذي يسرى عليه هذا الاتفاق (المطلب الثاني).

المطلب الأول

كيفية انعقاد الاتفاق الإجرائي

يتطلب القانون الفرنسي أن يكون الاتفاق الإجرائي اتفاقاً صريحاً، وهذا ما نصت عليه صراحة المادة ١٢ من قانون الإجراءات المدنية الفرنسية^(١٢٣).

وقد أكد على ذلك أيضاً الأحكام الصادرة من القضاء الفرنسي. فوفقاً لمحكمة النقض الفرنسية لا يعد التوافق الضمني من قبل الأطراف على النتائج التي يتوصل إليها كل منهم دليلاً على وجود اتفاق إجرائي^(١٢٤).

(١٢٣) تنص المادة ١٢ من هذا القانون على أن:

“Toutefois, le juge ne peut changer la dénomination ou le fondement juridique lorsque les parties, en vertu d'un accord exprès et pour les droits dont elles ont la libre disposition, l'ont lié par les qualifications et points de droit auxquelles elles entendent limiter le débat”.

(١٢٤) قضت في هذا الشأن محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر بتاريخ ٢٧ أكتوبر ١٩٩٢ بأن:

“Une simple concordance entre les conclusions des parties ne constitue pas l'accord exprès par lequel celles-ci peuvent, en vertu de l'article 12 du nouveau code de procédure civile, lier le juge par les qualifications et point de droit auxquelles entendent limiter le débat”.

انظر هذا الحكم مشاراً إليه في:

ويرى البعض الآخر أنه على الرغم من هذه الانتقادات فإن ما تتطلبه المادة ١٢ من القانون الفرنسي من ضرورة وجود اتفاق صريح أمر يتفق مع ما هو سائد في نطاق القانون الدولي الخاص.

ففي حكم لها بتاريخ ٢٧ أكتوبر ١٩٩٢ والسابق الإشارة إليه قضت محكمة النقض الفرنسية برفض الطلب المقدم من صاحب الشأن والذي انتقد قاضي الموضوع في عدم تطبيق القانون المتفق عليه بين الأطراف وهو القانون المغربي باعتباره قانون الجنسية المشتركة للأطراف وقام بتطبيق قانون الموضوع وهو القانون الفرنسي. واستندت محكمة النقض في ذلك على أنه لا يكفي في هذا الصدد مجرد وجود توافق ضمنى بين الأطراف على النتائج المتبادلة بينهما لتكوين الاتفاق الإجماعي.

وفي قضية روهو الشهيرة أيدت محكمة النقض الفرنسية قيام قاضي الموضوع بتطبيق القانون الفرنسي وذلك لأن الأطراف طالبوا صراحة بتطبيق هذا القانون وهو قانون الجنسية المشتركة لكلا الطرفين.

وفي هذه القضية كان القانون الجيبوتي هو الواجب التطبيق وفقاً للقواعد العامة في تنازع القوانين استناداً إلى أنه قانون محل وقوع الاعتداء، إلا أن الأطراف اتفقوا صراحة على تطبيق القانون الفرنسي مع علمهم الكامل بقابلية تطبيق القانون الجيبوتي إذا لم يبرم الاتفاق الإجماعي. وقد أدى تطبيق القانون الفرنسي إلى إعفاء السيد روهو من المسؤولية عن الحادث نظراً لوجود حالة قوة قاهرة *la force majeure*.

وينتقد بعض الفقه هذا الموقف الصارم للقضاء الفرنسي، ويرون أنه على الرغم من وجود اتفاق بينه وبين ما يقضي به نص المادة ١٢ من قانون الإجراءات المدنية الفرنسية فإنه يتعارض مع مبدأ آخر على قدر كبير من الأهمية والذي وفقاً له لا يجوز للقاضي تعديل موضوع ومحل النزاع بأن يتعرض لمسألة لا يوجد محل للنزاع فيها بين الأطراف. ولذا، إذا توافق الأطراف على نتائج معينة أو على وسيلة قانونية محددة فإنه من الطبيعي أن يتقيد القاضي بذلك لسبب بسيط وهو أنه لا يوجد تنازع بين الأطراف حولها.

كما لوحظ - بحق - أن اشتراط الاتفاق الصريح من قبل القانون الفرنسي في الاتفاق الإجماعي يعد أمراً غير مبرر، وذلك أن القانون الفرنسي يقوم وفقاً للقواعد العامة على مبدأ الرضائية *le principe du consensualisme* ومن ثم كان يكفي

أن يقوم القاضي بالتحقق من وجود توافق بين الأطراف على تطبيق قانون ما مع إدراكهم بوجود قانون آخر قابل للتطبيق وفقاً للقواعد العامة لتنازع القوانين إذا لم يوجد الاتفاق الإجرائي.

ولهذا فإننا نرى أنه كان يكفي النص على قاعدة إمكانية استبعاد قاعدة التنازع من قبل الأطراف إذا وجد اتفاق بين الأطراف على تطبيق قانون آخر دون اشتراط أن يكون هذا الاتفاق صريحاً طالما أنه اتفاق مؤكد وإن كان ضمناً، حيث يقوم القاضي بتقدير توافر هذا الاتفاق من عدمه.

ومع ذلك فإن البعض يعترض على هذا استناداً إلى أن الطابع الصريح للتعبير عن الإرادة يتطلب موقفاً إيجابياً من قبل الأطراف بهدف إيصال العلم إلى الغير^(١٢٥)، أما التعبير الضمني فلا يوجد فيه تصرف إيجابي لإيصال العلم إلى الغير وإنما يمكن من خلال التحليل الدقيق والربط بين عناصر التصرف استخلاص الإرادة الضمنية.

ونعتقد أن الأخذ بالطابع الإلزامي لقاعدة التنازع بالنسبة للقاضي يحتم عليه للاعتداد بالاتفاق الإجرائي ضرورة التأكيد من وجود هذا الاتفاق. ذلك أن القاضي يلتزم بتطبيق القانون الأجنبي الذي تشير إليه قاعدة التنازع الوطنية، وهو يلتزم بهذا التطبيق طالما أن الأطراف لم يتفقوا على تطبيق قانون آخر. ولهذا فإنه يتعين عليه في حالة الشك أن يوجه السؤال التالي إلى الأطراف: هل يوجد لديهم اتجاه - مع علمهم بأن النزاع ذو طابع دولي وأن هناك قانون تشير إليه قواعد التنازع - نحو تطبيق قانون آخر غير القانون الواجب التطبيق أصلاً على النزاع أم لا؟

فإذا كانت الإجابة بالإثبات أمكن للقاضي التحقق من وجود الاتفاق الإجرائي والذي ثبت لديه بطريقة مؤكدة على الرغم من عدم وجود اتفاق صريح بذلك، وإذا

(١٢٥) يعرف البعض الإرادة الصحيحة بأنها:

“Toute action accomplie afin de porter la volonté à la connaissance d'autrui”.

بينما تعرف الإرادة الضمنية بأنها:

“Des action qui n'ont pas été accomplies spécialement afin de porter à la connaissance d'autrui la volonté de contracter mais d'où l'on peut raisonnablement déduire l'existence d'une telle volonté”.

انظر في ذلك:

Bénédicté Fauvarque-cosson: Libre disponibilité des droits et conflits de lois, op. cit., p.251.

كان الإجابة بالنفي تحقق القاضي من عدم وجود اتفاق إجرائي ومن ثم فإنه يرجع إلى الأصل وهو تطبيق القانون الذي تشير إليه قاعدة التنازع.

المطلب الثاني

مجال الاتفاق الإجرائي

وفقاً لأحكام القضاء الفرنسي لا يرد الاتفاق الإجرائي في جميع المجالات بل إنه يرد فقط - من حيث موضوع قواعد التنازع - على قواعد التنازع الواجبة التطبيق في مجال المسؤولية التقصيرية، كما أنه بالنسبة لمصدر القواعد لا يرد الاتفاق الإجرائي على قواعد التنازع المنصوص عليها في المعاهدات الدولية.

(أ) الاتفاق الإجرائي وقواعد التنازع في مجال الالتزامات غير التعاقدية:

يستفاد من الحكم الصادر من محكمة النقض الفرنسية في قضية روهو - وهو الحكم الأساسي المنشئ لفكرة الاتفاق الإجرائي - أن المجال الأصيل للاتفاق الإجرائي هو الالتزامات غير التعاقدية.

وفقاً لهذا الحكم وضعت محكمة النقض الفرنسية قاعدة أنه يمكن للأطراف استبعاد قاعدة التنازع التي تعقد الاختصاص بنظر النزاع إلى قانون محل وقوع الاعتداء *la lex loci delicti* والاتفاق على تطبيق قانون آخر.

وقد وجدت العديد من المحاولات التي ترمي إلى التوصل إلى تطبيق قانون آخر غير قانون محل وقوع الاعتداء، ويمكننا أن نعرض هنا المحاولات التالية:

- إذا استعنا أولاً بما تم إقراره في المعاهدات الدولية في مجال المسؤولية التقصيرية نجد أن تطبيق القانون المشار إليه وفقاً للقاعدة التقليدية قد تم اعتماده من قبل نصوص المعاهدات الدولية. فوفقاً لمعاهدة لاهاي المبرمة سنة ١٩٧١ والتي تتعلق بالقانون واجب التطبيق في مجال حوادث الطرق وكذلك معاهدة لاهاي المبرمة سنة ١٩٧٣ والمتعلقة بالقانون واجب التطبيق على المسؤولية المترتبة على المنتوجات المعيبة، نجد أن كلاً من هاتين المعاهدتين قد اعتمدت مبدأ إسناد الرابطة إلى قانون محل وقوع الفعل بوصفها قاعدة التنازع الأساسية. على أن هناك قواعد تنازع استثنائية تم النص عليها والتي تقود إلى تطبيق قانون بلد تسجيل السيارة أو المركبة *loi du lieu d'immatriculation des véhicules* أو قانون المقر المعتاد لموقف السيارة *loi du lieu de stationnement habituel*

- تتجه بعض الأنظمة القانونية ثانياً إلى إسناد العلاقة إلى القانون الشخصي المشترك للطرفين. ويميل البعض في هذا الشأن إلى تطبيق قانون الجنسية المشتركة كما هو الحال في ألمانيا بينما يتجه البعض الآخر إلى تطبيق قانون الموطن المشترك للأطراف كما هو الحال في غالبية الدول الأوروبية. كما يلاحظ أن إسناد الرابطة إلى قانون الموطن المشترك قد يكون مصحوباً بمعيار الجنسية المشتركة للأطراف.

ولا شك أن تطبيق القانون الشخصي في مجال المسؤولية التقصيرية يقود إلى تعزيز تطبيق قانون القاضي، كما أن تطبيق هذا القانون تتوافر فيه صلة قوية مع الرابطة أكثر - أحياناً - من تلك المستمدة من تطبيق قانون محل وقوع الاعتداء.

- كما أن هناك محاولة ثالثة تتلخص في وضع قاعدة تنازع مرنة هي إمكانية العدول عن تطبيق قانون محل وقوع الاعتداء إذا اتضح أن قانوناً آخر أكثر صلة بالعلاقة *le principe de proximité*. وتجدر الإشارة إلى أن مجمع القانون الدولي قد تبنى هذه المحاولة في قراره الصادر سنة ١٩٦٩ (١٢٦).

ويمكن القول - على ضوء المحاولات السابقة - أن تطبيق قانون آخر غير قانون محل وقوع الاعتداء إنما يتم من خلال قاعدة التنازع ذاتها. وهذا ما يفرق هذه المحاولات عن نظام الاتفاق الإجرائي والذي فيه يستبعد الأطراف قاعدة التنازع برمتها ويقع اختيارهم على تطبيق قانون آخر.

ونشير كذلك في هذا المجال إلى مسلك القضاء الفرنسي الذي يتفق مع الاتجاه السائد في قوانين الدول الأخرى من منح الأطراف خاصة الضحية بعض الحرية في تحديد القانون واجب التطبيق في مجال الالتزامات غير التعاقدية. على أن الفرق الرئيسي يتمثل في أن مسلك القضاء الفرنسي يعمل خارج إطار قواعد تنازع القوانين بواسطة الاتفاق الإجرائي، أما القوانين الأخرى فإنها تتبنى أسلوباً يعمل من خلال قاعدة التنازع ذاتها كما هو الحال بالنسبة لقواعد التنازع الاستثنائية وبالنسبة لقاعدة التنازع التخيرية التي تترك للضحية الاختيار بين عدة قوانين.

(١٢٦) وفقاً لنص هذا القرار فإن:

“Un délit est considéré avoir été commis dans le lieu auquel la situation est la plus étroitement liée, eu égard à tous les faits reliant le délit à un lieu donné, depuis le commencement du comportement délictuel jusqu'à la réalisation du préjudice”.

من قبيل ذلك ما تنص عليه المادة ١٣٢ من القانون الدولي الخاص السويسري الصادر سنة ١٩٨٨ والتي تمنح للأطراف إمكانية الاتفاق على تطبيق قانون القاضي في أي وقت بعد وقوع الضرر^(١٢٧).

من الواضح على ضوء النص السابق أن الأطراف لهم الحق في اختيار قانون القاضي أي القانون السويسري، ولا يجوز لهم اختيار قانون أجنبي^(١٢٨). على أن النص السابق ليس إلزامياً بالنسبة للأطراف، وبمعنى آخر إذا لم يتفق الأطراف على تطبيق القانون السويسري فإن قاعدة التنازع المعتادة تكون واجبة التطبيق والتي تقضي بتطبيق قانون محل وقوع الاعتداء. كذلك الحال في مجال الاتفاق الإجرائي لا يعد هذا الاتفاق إجباراً بالنسبة للأطراف فإذا لم يتفق الأطراف على قانون ما يتم تطبيق قانون محل وقوع الاعتداء، مع ملاحظة أن تطبيق هذا القانون الأخير ليس إلزامياً بالنسبة للقاضي الفرنسي حيث لا إلزام على القاضي بتطبيق قاعدة التنازع من تلقاء ذاته.

ومع ذلك يرى بعض الفقه الفرنسي أنه لا يتعين المقارنة بين نص المادة ١٢ من القانون الفرنسي ونص المادة ١٣٢ من القانون السويسري. لأن هذه المقارنة تقود إلى التضييق الكبير من مجال الاتفاق الإجرائي بحيث يقتصر مجاله على الالتزامات غير التعاقدية. ويطلب هذا الاتجاه بعدم قصر الاتفاق الإجرائي على هذا المجال استناداً إلى أن حكم روهو الصادر من القضاء الفرنسي ليس إلا تطبيق غير قصري *une application non-exclusive* لنص المادة ١٢ سالف الذكر وأنه يمكن عقد الاتفاق الإجرائي في كافة قواعد تنازع القوانين شريطة أن يتعلق الأمر بحق من

(١٢٧) تنص المادة ١٣٢ من هذا القانون على أن:

“Les parties peuvent, après l'événement dommageable, convenir à tout moment de l'application du droit du for”.

(١٢٨) يبرر قصر الاختيار في نص المادة ١٣٢ على قانون القاضي بمنع التحايل إذا تم السماح بإمكانية اختيار قانون أجنبي. على أنه من الملاحظ أن هذه الحجة ليست مقنعة، ذلك أن اختيار تطبيق قانون أجنبي لا يعد في حد ذاته من قبيل الغش والتحايل. والدليل على ذلك أن القانون السويسري ذاته قد تضمن النص على العديد من قواعد تنازع القوانين الموضوعية التي يؤدي أعمالها إلى تطبيق قانون أجنبي.

انظر في ذلك:

الحقوق التي يملك الأطراف التصرف فيها^(١٢٩).

والخلاصة أن الاتفاق الإجرائي يتحدد مجاله ليس بنوع معين من القواعد كتلك المتعلقة بقواعد التنازع الخاصة بالمسؤولية التقصيرية، وإنما يتحدد هذا المجال بالحقوق التي يملك الأطراف التصرف فيها أي بالحالات التي يجوز فيها للأطراف الاتفاق على اختيار القانون واجب التطبيق. فإذا كان لهم الحق في ذلك أي تعلق الأمر بحق يملك الأطراف التصرف فيه أمكنهم إبرام الاتفاق الإجرائي واستبعاد قاعدة التنازع المعادة أياً كانت هذه القاعدة سواء تعلقت بالمسؤولية التقصيرية أم لا.

(ب) الاتفاق الإجرائي وقواعد التنازع الأخرى غير تلك التي تتعلق بالالتزامات غير التعاقدية:

إذا كان المجال الأصيل للاتفاق الإجرائي هو الالتزامات غير التعاقدية، فإنه من المتصور مع ذلك أن يوجد هذا الاتفاق في مجالات أخرى لقواعد تنازع القوانين. وتجدر الإشارة إلى أن هناك من القوانين من يفسح لقانون الإرادة مجالاً أوسع حتى أن البعض يقبل إعمال قانون الإرادة بالنسبة لكل الروابط القانونية وليس فقط في المجال العقدي^(١٣٠).

وعلى وجه الخصوص ثار التساؤل حول مدى إمكانية قبول الاتفاق الإجرائي فيما يتعلق بقواعد التنازع التي تتصل بالنواحي العائلية، وفيما يتعلق كذلك بالقانون الشخصي.

(١٢٩) انظر في هذا المعنى:

Bénédicté Fauvarque-cosson: Libre disponibilité des droits et conflits de lois, op. cit., p.275 et.

(١٣٠) من ذلك يمكن أن نذكر نص المادة التاسعة من القانون الدولي الخاص التشيكوسلوفاكي

الصادر بتاريخ ١١ مارس ١٩٤٨ والتي تنص على أن:

Les parties sont autorisées à soumettre leur rapport de droit à une législation déterminée, pourvu que ce rapport ait des relations significatives avec la législation choisie et que le choix ne soit pas contraire aux règles impératives des législations auxquelles le rapport de droit dont il s'agit est soumis d'après les dispositions du présent chapitre".

انظر في تفصيل ذلك:

Petros G. Vallindas: La structure de la règle de conflit, R.C.A.D.I., tome 101, 1960, p. 346 et s.

- ففيمما يتعلق أولاً بالنواحي العائلية يميل الفقه والقضاء الفرنسيين إلى قبول الاتفاق الإجرائي. ذلك أن القانون واجب التطبيق في هذا المجال هو أساساً القانون المختار من قبل الزوجين، وفي غيبة الاتفاق الصريح بين الزوجين على القانون واجب التطبيق يفترض القضاء الفرنسي أن هناك إرادة ضمنية من قبل الزوجين في تطبيق قانون الموطن الأول للزوجية. على أن قبول الاتفاق الإجرائي على هذا النحو إنما يتقيد بأمرين:

١- أن يرد الاتفاق الإجرائي على حق من الحقوق التي يملك الأطراف التصرف فيها، فإن لم يكن الأمر كذلك لما أمكن قبول مثل هذا الاتفاق. ولهذا نجد أن محكمة النقض الفرنسية قضت في حكمها الصادر بتاريخ ٢٠ أكتوبر ١٩٨٧ بأن القواعد المتعلقة بالحقوق والواجبات المتبادلة للزوجين والمنصوص عليها في المادة ٢١٢ وما يليها من القانون المدني الفرنسي تعتبر ذات تطبيق إقليمي. ويعني هذا أن القواعد المقررة في هذا الشأن تتعلق بحقوق لا يملك الأطراف التصرف فيها، ومن ثم لا يجوز للأطراف الاتفاق بشأنها على القانون واجب التطبيق^(١٣١).

٢- كما يتعين أن يكون الاتفاق بين الزوجين على القانون واجب التطبيق اتفاقاً صريحاً لا لبس فيه.

ولهذا نجد أن محكمة النقض الفرنسية قد رفضت قبول ما تدعيه الزوجة من وجود اتفاق بينها وبين زوجها على تطبيق القانون الفرنسي والتي استندت إلى مطالبة الزوج بتطبيق بعض نصوص القانون المدني الفرنسي "المادة ٨١٥-١٢". وقد قضت المحكمة بأن هذه المطالبة لا تكفي لانعقاد الاتفاق الإجرائي الذي يتعين أن يكون صريحاً^(١٣٢).

وتجدر الإشارة إلى أن مبدأ سلطان الإرادة في مجال النواحي العائلية يعمل بصفة أساسية كاتفاق موضوعي accord de fond يسمح للأطراف باختيار القانون واجب التطبيق قبل إبرام الزواج أو أثناء الحياة الزوجية.

(١٣١) وفقاً لهذا الحكم قضت محكمة النقض الفرنسية بأن:

"Les règles relatives aux devoirs et droits respectifs des époux énoncées par les articles 212 et suivants du Code civil sont d'application territoriale". V. Cass. 20 octobre 1987, Revue critique de droit international privé, 1988, p. 540.

(١٣٢) حكم محكمة النقض الفرنسية بتاريخ ٢ يوليو ١٩٥٦ مشاراً إليه في:

Bénédicté Fauvarque-cosson: Libre disponibilité des droits et conflits de lois, op. cit., p.353.

على أنه يحدث عملاً في غالب الأحوال تجاهل الزوجين لمسألة تحديد القانون واجب التطبيق قبل أو أثناء سريان الزواج، فهم لا يتعرضون للاتفاق حول القانون واجب التطبيق إلا في حالة حدوث مشكلات ومن ثم الطلاق. فإذا اتفق الزوجين على اختيار قانون ما بعد رفع دعوى الطلاق أمام القاضي فإن اتفاقهم هذا يعد اتفاقاً إجرائياً accord procedural وليس اتفاقاً موضوعياً.

وإذا استعنا في هذا الشأن بنصوص القانون التعاهدي نجد أن معاهدة لاهي المبرمة سنة ١٩٧٨ والمتعلقة بالقانون واجب التطبيق في مجال النواحي العائلية قد نصت في مادتها الثالثة على إمكانية اختيار الزوجين المستقبلين للقانون واجب التطبيق، ولكن المعاهدة لم تطلق هذا الاختيار بل قيدته بالاختيار من بين القوانين التالية: القانون الشخصي أو قانون مقر الإقامة المعتاد لأي من الزوجين. وفيما يتعلق بالأموال العقارية يمكن للأطراف اختيار تطبيق قانون موقع المال.

- وفيما يتعلق بالنظام الشخصي يلاحظ أولاً أن المسائل المتعلقة بالنظام الشخصي متنوعة للغاية: حماية السم، الحق الذهني للمؤلف، احترام وحماية الحياة الخاصة، الحق الذي يرد على الصورة، حق الشرف ... الخ.

وإذا كان البعض يسند المسائل السابقة إلى القانون الشخصي فإن البعض الآخر يخرجها من هذا المجال ويدخلها في مجال المسؤولية التقصيرية، ذلك أن ما يهم من وقع عليه الضرر هو الحصول على التعويض. وفي فرنسا نجد أن محكمة النقض الفرنسية قد أجازت اتفاق الأطراف الذي يهدف إلى استبعاد أعمال قاعدة التنازع وذلك بطريق الاتفاق الإجرائي (١٣٣).

وتجدر الإشارة إلى أن الاتفاق الإجرائي له ميزة هامة تتعلق بتقليل الحالات التي يستخدم فيها الدفع بالنظام العام. ذلك أن قاعدة التنازع التقليدية يفرضي إعمالها إلى تطبيق قانون دولة ما قد يكون في حالة تعارض مع المبادئ الرئيسية في دولة القاضي، ومن ثم يستبعد لمخالفته للنظام العام. على العكس من ذلك فإن تبني وقبول استبعاد الأطراف لقاعدة التنازع بواسطة الاتفاق الإجرائي سيؤدي حتماً إلى تقليل اللجوء إلى الدفع بالنظام

(١٣٣) انظر في هذا المعنى:

العام، لأنه إذا كان تطبيق القانون الذي تشير إليه قاعدة التنازع يخالف النظام العام في دولة القاضي فإن بإمكان هذا الأخير تطبيق قانون آخر وقع اتفاق الأطراف عليه "الاتفاق الإجرائي" والذي قد يكون هو قانون القاضي ذاته كما قد يكون قانوناً أجنبياً. أما استخدام الدفع بالنظام العام فإنه يقود دائماً إلى إحلال قانون القاضي محل القانون المستبعد حتى ولو لم تكن هناك أية صلة بين دولة القاضي والنزاع المعروف.

(ج) الاتفاق الإجرائي وقواعد التنازع المنصوص عليها في المعاهدات الدولية:

هل يمكن للأطراف عقد الاتفاق الإجرائي لاستبعاد قاعدة لتنازع القوانين واردة

في معاهدة دولية؟

اتجهت محكمة النقض الفرنسية في البداية إلى الإجابة على هذا التساؤل بالإثبات، حيث قررت في حكم روهو المنشئ للاتفاق الإجرائي حق الأطراف في استبعاد قاعدة تنازع تعاهدية.

ويتفق هذا الاتجاه مع ما تأخذ به بعض القوانين كما هو الحال بالنسبة للقانون الأرجنتيني الذي يتفق مع القانون الفرنسي من حيث إعفاء القاضي من تطبيق القانون الأجنبي من تلقاء ذاته إلا أن قانون دولة الأرجنتين استثنى من ذلك الحالة التي يكون فيها القانون واجب التطبيق محدداً من قبل معاهدة دولية تكون تلك الدولة طرفاً بها حيث يلتزم القاضي بتطبيق القانون الأجنبي من تلقاء ذاته^(١٣٤).

على أن بعض الفقه الفرنسي يذهب إلى المناداة بضرورة أن تتمتع قواعد التنازع التعاهدية بطابع الإلزام سواء بالنسبة للقاضي أو بالنسبة للأطراف. ويستند هذا الاتجاه على ضرورة وفاء الدولة بالتزاماتها المنصوص عليها في المعاهدات الدولية. على أن البعض الآخر يرى أنه لا ينبغي التسوية في هذا الشأن بين القاضي والأطراف. ففي حالة إبرام اتفاق إجرائي على تطبيق قانون دولة ما بالمخالفة للقانون

(١٣٤) تنص في ذلك المادة ١/١٣ من القانون المدني لدولة الأرجنتين على أن:

"L'application des lois étrangères ... n'aura lieu qu'à la demande de la partie intéressée, qui aura la charge de la preuve de l'existence de ces lois".

كما نصت المادة ٢/١٣ من نفس القانون على أن:

"Ce principe ne vaut pas à l'égard des lois étrangères qui sont obligatoires dans la République par conventions diplomatiques ou en vertu d'une loi spéciale".

الذي تشير إليه قاعدة التنازع المنصوص عليها في المعاهدة الدولية من غير المتصور أن يقوم أحد الطرفين بإقناع دولته بإقامة الدعوى لمقاضاة الدولة الأخرى التي تنظر الدعوى أمامها في الوقت الذي اتفق فيه هو مع الطرف الآخر على عدم تطبيق قاعدة التنازع التعاهدية.

ولهذا يمكن وضع القاعدة التي تقضى بوجود التزام على القاضي بتطبيق قواعد التنازع ذات المصدر التعاهدي^(١٣٥) فيما عدا الحالة التي يتفق فيها الأطراف على تطبيق قانون آخر حيث يلتزم بتطبيق هذا القانون الأخير. ذلك أنه يتعين احترام إرادة الأطراف المعبر عنها في الاتفاق الإجرائي بشرط ألا يتعلق الأمر بإحدى قواعد التنازع التعاهدية ذات الطابع الأمر أي التي تتعلق بالنظام العام.

وبعضد ترجيح الاتفاق الإجرائي على قواعد التنازع التعاهدية أن هذه القواعد الأخيرة تهدف إلى تنظيم العلاقات الخاصة بالأفراد أي إلى إشباع وتحقيق منافع خاصة، ومن ثم يمكن للأطراف الخروج عليها إذا ما قدورا أن من مصلحتهم تطبيق قانون آخر غير القانون الذي تشير إليه قاعدة التنازع التعاهدية. ولهذا يرى الفقه الفرنسي أن المعاهدة يمكن تشبيهها بالقانون أي تصبح بمثابة قانون داخلي يسرى في حدود القوانين الأخرى. ولذا تسرى قاعدة التنازع التعاهدية ويتعين على القاضي تطبيقها من تلقاء ذاته، إلا إذا استخدم الأطراف ما هو مقرر في نص المادة ١٢ من قانون المرافعات المدنية بأن يستبعدوا قاعدة التنازع التعاهدية ويقع اتفاقهم على تطبيق

(١٣٥) تطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر بتاريخ ١٩ أبريل ١٩٨٨ بأن:

“Les parties peuvent, pour les droits dont elles ont la libre disposition, demander l'application d'une loi différente de celle désignée par une convention internationale”.

وقد أجازت المحكمة للأطراف في هذه القضية الاتفاق على تطبيق القانون الفرنسي باعتباره قانون الجنسية المشتركة بدلاً من تطبيق قانون محل وقع الحادث الذي وقع خارج فرنسا. انظر في ذلك:

Cour de cassation, 19 avril 1988, Revue critique de droit international privé, 1989, p. 68, note Henri Batiffol.

من قبيل ذلك أيضاً يمكن أن نذكر حكم محكمة النقض الفرنسية بتاريخ ٦ مايو ١٩٩٧، انظر هذا الحكم في:

B. Ancel et Yves Lequette: Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé, op. cit., p. 752.

قانون آخر.

وتجدر الإشارة إلى أن الاتجاه الحديث لمحكمة النقض الفرنسية يذهب إلى تقرير حق الأطراف في استبعاد قاعدة التنازع المنصوص عليها في المعاهدة الدولية والاتفاق على تطبيق قانون آخر^(١٣٦).

وننتهي مما سبق إلى أن الاتفاق الإجرائي يسرى لاستبعاد جميع قواعد التنازع وليس فقط قواعد التنازع المتعلقة بالمسئولية التقصيرية، كما أن قواعد التنازع التعاهدية لا تمثل قيدا يحول دون إعمال الاتفاق الإجرائي. فالقيد الوحيد على الاتفاق الإجرائي يتعلق بوجود أن يرد هذا الاتفاق على حق من الحقوق التي يملك الأطراف التصرف فيها.

المبحث الثالث

أثر الاتفاق الإجرائي على قواعد التنازع

من المتفق عليه أنه يمكن للأطراف استبعاد تطبيق القانون الأجنبي الذي تشير إليه قاعدة التنازع إذا قاموا باختيار تطبيق القانون الوطني "المطلب الأول"، على أن التساؤل يدور حول مدى حق الأطراف في استبعاد تطبيق قاعدة التنازع لصالح تطبيق قانون أجنبي "المطلب الثاني".

المطلب الأول

استبعاد قاعدة التنازع وتطبيق قانون القاضي

نتعرض فيمل يلي للحجج التي استند إليها البعض والمتعلقة بقصر الاتفاق الإجرائي على قانون القاضي فقط، ثم نقوم بالرد على هذه الحجج لبيان مدى صحتها.

(أ) حجج الرأي القائل بقصر الاتفاق الإجرائي على اختيار تطبيق قانون

القاضي:

يذهب بعض الفقه الفرنسي إلى أنه بواسطة الاتفاق الإجرائي يمكن للأطراف

(١٣٦) انظر في هذا المعنى:

استبعاد القانون الأجنبي المحدد من قبل قاعدة التنازع المعتادة وأن هذا الاستبعاد يكون لصالح تطبيق قانون القاضي فقط، ومن ثم فمن غير الجائز أن يتفق الأطراف على تطبيق قانون أجنبي.

ويستند هذا الاتجاه على أن الأمر لا يتعلق باستبعاد قانون ما سواء كان هو القانون الوطني أو قانون أجنبي وإنما يتعلق الأمر باستبعاد قاعدة التنازع ذاتها. ففي الحالات التي يملك فيها الأطراف التصرف في الحقوق يمكن للأطراف استبعاد تطبيق قاعدة التنازع، حيث تعد قاعدة التنازع في هذه الحالة اختيارية ليس فقط في نتائجها (تطبيق هذا القانون أو ذاك) ولكن اختيارية في تطبيقها ذاتها. ذلك أن الأطراف أمامهم أحد أمرين:

إما أن يختاروا تطبيق قاعدة التنازع وإما ألا يختاروها ويقوموا بإبرام الاتفاق الإجرائي.

- فإذا اختار الأطراف أن تحكم الرابطة القانونية بواسطة قاعدة التنازع، في هذه الحالة يرجع إلى القانون الذي تشير إليه كقاعدة التنازع سواء أكان هو القانون الوطني أو قانون أجنبي.

- أما إذا اختار الأطراف استبعاد تطبيق قاعدة التنازع فإن هذا يعني أنهم بهذا الاستبعاد أرادوا أن تعامل الرابطة القانونية باعتبارها رابطة داخلية وبغض النظر عن العنصر الأجنبي الذي تحتوي عليه تلك الرابطة. ويؤدي هذا إلى أنه إذا قام الأطراف باستبعاد تطبيق قاعدة التنازع فإن هناك قانون واحد فقط هو القابل للتطبيق وهو قانون القاضي (١٣٧).

(١٣٧) لذلك يقرر صاحب هذا الرأي ما يلي:

“La règle de conflit est facultative non plus dans son résultat (compétence de telle ou telle loi), mais dans son applicabilité même: les parties ont le choix de faire jouer ou de ne pas faire jouer la règle de conflit, mais rien de plus, et la loi applicable s'en déduira. Ainsi si elles décident de recourir à la règle de conflit, la loi compétente sera celle que désigne cette dernière (les fori ou la loi étrangère, peu importe) et aucune autre, car à ce niveau elles n'ont plus de faculté de choix. Si elles décident au contraire qu'il n'y a pas lieu de faire jouer la règle de conflit, elles signifient par là qu'elles entendent faire abstraction des éléments d'extranéité que présente la situation et que cette dernière, donc, doit être traitée comme une situation purement interne, ce qui conduit à la compétence nécessaire et exclusive de lex fori”. V. Jean-Marc Bischof: Rapport de synthèse sur le Colloque ==

ويؤدي تبني هذا الرأي إلى قصر الاتفاق الإجرائي على قانون القاضي فقط accord d'exclusio juris فيصير بالتالي اتفاقاً قاصراً على قانون القاضي وليس اتفاقاً لاختيار القانون واجب التطبيق accord d'electio juris.

ويذهب الأستاذ الفرنسي ماير إلى تأييد هذا الاتجاه القائل بقصر الاتفاق الإجرائي على قانون القاضي فقط، وهو يستند في ذلك إلى أن من شأن السماح للأطراف باختيار تطبيق قانون أجنبي أن يتعارض ذلك مع ما هو مستقر عليه في فرنسا من عدم وجود التزام على عاتق القاضي بتطبيق القانون الأجنبي. وبعبارة أخرى فنحن من ناحية نريد تخفيف العبء على القاضي بعدم إلزامه بتطبيق القانون الأجنبي عندما تشير إليه قاعدة تنازع القوانين، ولكن من ناحية أخرى نلزمه بتطبيق القانون الأجنبي الذي اتفق الأطراف على تطبيقه بواسطة الاتفاق الإجرائي. لذلك يرى ماير أن الاتفاق الإجرائي ينبغي أن يقتصر على السماح للأطراف باختيار تطبيق القانون الوطني فحسب حتى لا يؤدي هذا إلى الإخلال بقاعدة عدم التزام القاضي بتطبيق القانون الأجنبي من تلقاء ذاته^(١٣٨).

ووفقاً لهذا الاتجاه أيضاً يتمتع قانون القاضي باختصاص إسناد مساعد un rattachement subsidiaire يطبق في الحالات التي لا يطبق فيها القانون الأجنبي

== conernant (Les problèmes actuels posés par l'application des lois étrangères), Actes du colloque austro-franco-germano-suisse de droit international privé comparé des 22 et 23 mai 1986, Travaux de l'institut de droit comparé, LGDJ, Paris, 1988, p. 134.

(١٣٨) تطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر بتاريخ الأول من يوليو ١٩٩٧ بأن: "L'application de la loi étrangère désigne pour régir des droits dont les parties n'ont pas la libre disposition impose au juge français de rechercher la teneur de cette loi.

Pour les droits dont elles ont la libre disposition, les parties peuvent s'accorder pour demander l'application de la loi française du for, malgré l'existence d'une convention internationale désignant la loi compétente et un tel accord peut résulter des conclusions des parties invoquant une loi autre que celle qui est désignée par le traité". V. Cour de cassation, 1er juillet 1997. Revue critique de droit international privé, 1998, p. 60, note Pierre Mayer,

انظر كذلك في نفس المعنى:

Cour de cassation, 6 mai 1997, Clunet, 1997, p. 804, note Dominique Bureau. Revue critique de droit international privé, 1997, p. 514, note Bénédicte Fauvarque-Cosson.

كأن يتعارض القانون الأجنبي مع النظام العام أو يتعذر إقامة الدليل على محتوى القانون الأجنبي، ويضيف ماير أنه يمكن إضافة حالة ثالثة وهي للتطبيق الاستثنائي لقانون القاضي تتعلق بوجود اتفاق صريح بين الأطراف على تطبيق قانون القاضي.

(ب) تقدير حجج وأدلة هذا الرأي:

يمكن الرد على هذه الحجج في النقاط التالية:

١- يرى الاتجاه السابق أن الاتفاق الإجرائي يهدف إلى استبعاد قاعدة التنازع ذاتها ولا يهدف إلى استبعاد تطبيق القانون الأجنبي الذي تشير إليه هذه القاعدة. لا يمكننا في الواقع الأخذ بهذا الرأي، ذلك أن استبعاد تطبيق قاعدة التنازع يؤدي إلى استبعاد تطبيق القانون المشار إليه بواسطة هذه القاعدة، فليس هناك انفصلاً إذن بين القاعدة والقانون الواجب التطبيق. ولذلك فإن البعض الآخر من الفقه يرى أن التنازل من قبل الأطراف - بإبرام الاتفاق الإجرائي - لا يكون عن قاعدة التنازع وإنما عن القانون الذي تشير إليه القاعدة.

٢- إن القول بتطبيق قانون القاضي لأنه يتمتع باختصاص إسناد مساعد أمر من شأنه الإخلال بقاعدة المساواة بين القانون الوطني والقانون الأجنبي في التطبيق. وقد رأينا أن هذا الاتجاه يسوى بين حالة الاتفاق الإجرائي وحالة مخالفة القانون الأجنبي للنظام العام وعدم التمكن من إقامة الدليل على محتوى القانون الأجنبي. وغني عن البيان أن هذه التسوية بين الحالات الثلاث المذكورة ليست صحيحة، لأنه في الحالتين الأخيرتين تم تطبيق قاعدة التنازع وأشارت إلى تطبيق قانون أجنبي وبالتالي تم احترام قاعدة المساواة بين قانون القاضي والقانون الأجنبي في مرحلة تحديد القانون واجب التطبيق *la désignation du droit applicable*، ولا يستبعد القانون الأجنبي إلا في مرحلة التطبيق الفعلي له *l'application de droit* عندما يتبين تعارضه مع النظام العام أو العجز عن إقامة الدليل على محتواه أو حتى في الحالة التي يتم التأكيد فيها من تماثل النتائج بين القانون المختص وفقاً لقاعدة التنازع والقانون الذي طبقه القاضي بالفعل كما ذهب إلى ذلك محكمة النقض الفرنسية في حكم حديث لها^(١٣٩).

(١٣٩) في حكمها الصادر بتاريخ ٢٣ مارس ٢٠٠٠ قضت محكمة النقض الفرنسية بأن:

“L'équivalence entre la loi appliquée et celle désignée par la règle de conflit – en ce sens que la situation de fait constatée par le juge aurait les mêmes =

ولا يمكن المساواة بين هذا الاستبعاد للقانون الأجنبي في هاتين الحالتين وحالة استبعاد القانون الأجنبي في الاتفاق الإجرائي، ففي الحالة التي يقوم فيها الأطراف باستبعاد تطبيق قانون القاضي لصالح تطبيق قانون أجنبي فإن استبعاد أعمال هذا الأخير - لمجرد القول بقصر الاتفاق الإجرائي على قانون القاضي - من شأنه الإخلال بقاعدة المساواة بين قانون القاضي والقانون الأجنبي.

٣- كما يستند الفقه الفرنسي إلى حجة أخرى مؤداها أن من شأن السماح للأطراف في الاتفاق الإجرائي باختيار قانون أجنبي تعارض هذا مع ما استقر عليه القضاء الفرنسي من عدم التزام القاضي بتطبيق القانون الأجنبي من تلقاء ذاته. ولا تعد هذه الحجة حاسمة من وجهة نظرنا إذا لاحظنا أن هذا المبدأ ذاته قد تعرض للنقد من جانب الفقه الفرنسي ذاته^(١٤٠)، وهو أمر خاص بفرنسا وحدها لأن "قوانين الأخرى تأخذ بمبدأ إلزام القاضي بتطبيق قاعدة التنازع من تلقاء ذاته"^(١٤١) نون أن

== conséquences juridiques en vertu de deux lois - justifie la décision qui fait application d'une loi autre que la loi compétente". V. Eric Agostini: Equivalence et conflit de lois, Recueil le Dalloz, n° 12, 23 mars 2000, p. 268.

وانظر كذلك في نفس المعنى:

Alexis Mourre: Chronique de droit international privé appliqué aux affaires - 1999-2000, Revue de droit des affaires internationales, n° 3, 2000, p. 364.

(١٤٠) يقرر بعض الفقه الفرنسي في هذا الشأن أن:

"Sauf accord procédural, la notion de droits disponibles ne remet nullement en cause l'obligation pour le juge de mettre en oeuvre toute règle de droit applicable... A l'égard du juge, les norms applicables font toujours autorité, même si les droits en la cause sont disponibles, car le juge n'est pas le destinataire de cette disponibilité, même s'il lui appartient de l'apprécier". V. Daniel Ammar: L'office du juge et le droit international privé, Revue de jurisprudence commerciale, juin 1999, p. 248 et s.

(١٤١) مع ذلك تجدر الإشارة إلي أن هناك من القوانين من يذهب إلي تقرير مبدأ التزام القاضي

بتطبيق القانون الأجنبي من تلقاء ذاته، وفي نفس الوقت تمنح للأطراف حق استبعاد تطبيق

القانون الأجنبي لصالح تطبيق قانون القاضي. من قبيل ذلك قانون دولة Hongrie الذي وضع

في المادة الخامسة منه مبدأ التزام القاضي بتطبيق قاعدة التنازع من تلقاء ذاته، ثم نصت

المادة التاسعة منه علي أن:

"Quand les parties demandent d'un commun accord l'éviction de la loi étrangère applicable en vertu du présent décret-loi, il faut appliquer, au lieu de cette loi, la loi hongroise, ou, en cas d'admissibilité du choix de la loi, la loi choisie".

يطلب الأطراف تطبيق القانون الأجنبي^(١٤٢).

وتجدر الإشارة إلى أن قصر الاتفاق الإجرائي على إمكانية اختيار تطبيق قانون القاضي مع استبعاد القانون الأجنبي من شأنه إفراغ الاتفاق الإجرائي من قيمته. ذلك أن الهدف من الاتفاق الإجرائي هو تطبيق قانون آخر غير القانون الذي تشير إليه قاعدة التنازع المعتادة، وفي القانون الفرنسي لا يوجد التزام على القاضي بتطبيق قاعدة التنازع من تلقاء ذاته عندما تشير هذه القاعدة إلى تطبيق قانون أجنبي. لذا، يكفي لتطبيق قانون القاضي في فرنسا ألا يتمسك الأطراف بتطبيق القانون الأجنبي الذي تشير إليه قاعدة التنازع ولسنا بحاجة إلى وجود اتفاق إجرائي في صالح تطبيق قانون القاضي.

وعلى ذلك فإن الاعتراف للاتفاق الإجرائي بقيمته وأثره يقتضي السماح للأطراف باستبعاد تطبيق القانون المحدد من قبل قاعدة التنازع سواء أكان هذا الاستبعاد لقانون القاضي في صالح تطبيق قانون أجنبي أو كان استبعاد لقانون أجنبي في صالح تطبيق قانون القاضي^(١٤٣).

المطلب الثاني

استبعاد قاعدة التنازع وتطبيق قانون أجنبي

يفسر البعض تطبيق القانون الفرنسي في حكم روهو الصادر عن محكمة النقض الفرنسية، وهو الحكم الذي اعترف بنظام الاتفاق الإجرائي، بأن القانون الفرنسي لم يطبق بوصفه فقط قانون القاضي وإنما بوصفه كذلك القانون الوطني

== انظر في تفصيل شرح ذلك النص:

Bénédicte Fauvarque-cosson: Libre disponibilité des droits et conflits de lois, op. cit., p.285 et s.

(١٤٢) ولهذا فإن الرأي الذي ينادي بقصر الاتفاق الإجرائي على قانون القاضي يعترف بأن فرنسا تقف منعزلة عن القوانين الأخرى في نظرتها إلى عدم وجود إلزام على عاتق القاضي بتطبيق قاعدة التنازع من تلقاء ذاته. انظر في ذلك:

Jean-Marc Bischof: Rapport de synthèse sur le Colloque conernant (Les problèmes actuels posés par l'application des lois étrangères), op. cit., p. 132.

(١٤٣) انظر في ذلك:

Bénédicte Fauvarque-cosson: Libre disponibilité des droits et conflits de lois, op. cit., p.284.

لطرفي النزاع وقانون دولة تسجيل المركبة المستخدمة في الحادث. كما أنه من الملاحظ أن محكمة النقض الفرنسية قد استخدمت تعبيراً عاماً "بأن من حق الأطراف طلب تطبيق قانون آخر غير القانون المحدد بواسطة معاهدة دولية" مما يوحي بأن المحكمة العليا الفرنسية تقبل اختيار الأطراف لقانون أجنبي^(١٤٤).

وإذا كنا قد قررنا أن من حق الأطراف في الاتفاق الإجرائي اختيار تطبيق قانون أجنبي فإن التساؤل يثار حول نطاق السلطة والحرية الممنوحة للأطراف في هذا الشأن، فهل يملك الأطراف اختيار تطبيق أي قانون أجنبي حتى ولو لم تكن هناك أية رابطة أو صلة بين القانون المختار والرابطة القانونية محل النزاع؟

من الملاحظ أن معاهدة روما المبرمة سنة ١٩٨٠ تطلبت ضرورة وجود علاقة وثيقة بين العقد والقانون المطبق^(١٤٥). ويمكن القول أن اشتراط توافر علاقة وثيقة مع موضوع النزاع يعتبر أمراً هاماً وضرورياً، لأن من شأن ذلك تقييد سلطة القاضي، لأن السلطة المطلقة قد تقود إلى إساءة استعمال القاضي لها^(١٤٦). على أنه من الملاحظ أن النص السابق لمعاهدة روما إنما يتعلق بالحالة التي يقوم فيها القاضي بتحديد القانون واجب التطبيق بذاته في غيبة قانون الإرادة، ولم تنص المعاهدة على قيد مماثل عندما يتولى الأطراف تحديد القانون واجب التطبيق، الأمر الذي يعني أن من حق

(١٤٤) وفق لحكم النقض الفرنسي في قضية روهو أكدت المحكمة علي أن:

“Les parties peuvent demander l’application d’une loi différente de celle désignée par une convention internationale”.

(١٤٥) تنص المادة ١/٤ من معاهدة روما في هذا الشأن علي أن:

“Le contrat est régi par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits”.

وقد وضعت الفقرة الثانية من نفس المادة العديد من القرائن التي يستعين بها القاضي في تقدير توافر هذه العلاقة الوثيقة المتطلبة بين العقد والقانون المختار، حيث قررت أن:

“Le contrat présente les liens les plus étroits avec le pays ou la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a, au moment de la conclusion du contrat, sa résidence habituelle ou, s’il s’agit d’une société, association ou personne morale, son administration centrale”.

(١٤٦) لذلك فقد قيل في هذا الشأن أن:

“Cette formule “les liens les plus étroits) présente cependant certains avantages par rapport a la totale discrétion donne aux arbitres par le droit français”. V. E. Gaillard: Point de vue d’un utilisateur étranger, Revue de droit des affaires internationales, 1989, p. 799.

الأطراف اختيار تطبيق أي قانون حتى ولو لم يكن يتضمن صلة ما، مع الرابطة القانونية.

تجدر الإشارة إلى أن القانون الدولي الخاص السويسري بعد أن نص على قواعد الإسناد العادية، نص في المادة ١/١٥ على أن "القانون واجب التطبيق الذي يتم تحديده وفقاً لنصوص هذا القانون (أي القانون السويسري) لا يتم، بصفة استثنائية، إعماله إذا تبين على ضوء ظروف الحال أن القضية لا ترتبط إلا بعلاقة ضعيفة مع هذا القانون، وأنه توجد علاقة أكثر توثقاً مع قانون آخر". وقد استثنت الفقرة الثانية من نفس المادة الحالات التي يتم تحديد القانون واجب التطبيق وفقاً لمبدأ سلطان الإرادة^(١٤٧).

ولذلك فإن أغلب الفقه يرى أن الأطراف لهم كامل الحرية في تحديد القانون واجب التطبيق على الرابطة القانونية. ويلاحظ أنه حتى بالنسبة للرأي الذي يشترط وجود علاقة بين العقد والقانون المختار، فإنه توجد معايير مرنة بالنسبة لهذه العلاقة المطلوبة، حيث يمكن الاكتفاء على سبيل المثال بإحالة الأطراف على نصوص عقد نموذجي تم إعداده طبقاً لنصوص قانون معين حتى ولو كان هذا الأخير لا يرتبط مع العقد بعلاقة ما^(١٤٨).

وتوجد مع ذلك بعض القوانين التي تستلزم حتماً ضرورة قيام الأطراف باختيار قانون على صلة وثيقة بالعلاقة التعاقدية. ويكرس قانون التحكيم الإسباني الصادر في ٥ ديسمبر ١٩٨٨ هذا الوضع بطريقة واضحة، حيث تنص المادة ٦٢ منه على أن "يفصل المحكمون في النزاع طبقاً للقانون المختار صراحة من الأطراف، بشرط وجود علاقة ما بين هذا القانون والعقد المبرم بين الطرفين أو النزاع الناشئ عنه"^(١٤٩).

وفي نفس السياق فإنه أثناء المفاوضات التي سبقت إبرام معاهدة فيينا سنة ١٩٨٥ المتعلقة بالبيع الدولي، قدمت الولايات المتحدة الأمريكية اقتراحاً وفقاً له "إذا

(١٤٧) انظر نص القانون الدولي الخاص السويسري منشوراً في:

Revue critique de droit international prive, 1988, p.409.

(١٤٨) انظر في هذا المعنى:

H. Batiffol: La approprié au contrat, Melanges Goldman, Librairies Techniques, Paris, 1982, p. 4 et s.

(١٤٩) انظر نص قانون التحكيم الإسباني رقم ٣٦ لسنة ١٩٨٨ وللصادر في ٥ ديسمبر ١٩٨٨ منشوراً في:

Revue de l'arbitrage, 1989, p.352.

قام الأطراف باختيار قانون دولة ما للانطباق على النزاع، واتضح من الظروف أنه لا توجد رابطة معقولة بين القانون المختار والعلاقة التعاقدية، قام القاضي بتحديد القانون واجب التطبيق وفقاً لنص المادة الثامنة (وهي المادة المتعلقة بتحديد القانون واجب التطبيق في غيبة قانون الإرادة)^(١٥٠).

وقد أصدرت محكمة النقض الفرنسية حكماً باستبعاد القانون واجب التطبيق المختار من قبل الأطراف معللة ذلك بأن تطبيق القانون السويدي لا يلائم العقد، لأن هذا القانون يجهل فكرة الاشتراط لمصلحة الغير^(١٥١).

ولا شك أن الحكم السابق يوجه إليه النقد، لأنه كان من الواجب البحث عن حل ملائم للنزاع في النظام القانوني للقانون المختار وفي السوابق القضائية التي تشكل جزءاً لا يتجزأ من هذا النظام. وفي هذا الشأن يقرر الفقيه الفرنسي ماير "أن كل نظام قانوني تتضمن قواعده الحل لأي مشكلة قانونية مثارة"^(١٥٢).

ولما كان الهدف من الاتفاق الإجرائي هو تقوية مبدأ سلطان الإرادة، وذلك بتوسيع المجال الذي يمكن فيه لإرادة الأطراف تحديد القانون واجب التطبيق، فإنه يمكن استعارة الحلول السابقة المعمول بها في مجال القانون واجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية. واستناداً إلى ذلك يمكن القول بأن الأطراف في الاتفاق الإجرائي لا يلتزمون باختيار قانون معين تكون بينه وبين الرابطة القانونية صلة ما^(١٥٣). على

(١٥٠) وقد قام الفقيه الأمريكي Reese بتفسير هذا الاقتراح مقرأً أن:

"Les Etats-Unis considèrent qu'il est important de limiter un peu plus la liberté des parties de choisir la loi applicable. Il donne l'exemple d'un contrat ayant des facteurs de rattachement aussi dieu avec l'Etat A qu'avec l'Etat B et illicite dans ces Etats. Si un tel contrat prévoit l'application de la loi de l'Etat C, dans lequel les activités sur lesquelles il porte sont licites, l'absence d'une disposition comme celle proposée par les Etats-Unis provoquerait des distorsions selon que le contrat serait soumis aux tribunaux des Etats A ou B, qui l'appliqueraient". V. la proposition des Etats-Unis in P. Lagarde: Le principe de proximité dans le droit international prive contemporain, op. cit., p. 61 et s.

(151) V. cour de cassation française, 22 octobre 1974, cite par Batiffol, la loi appropriée au contrat op. cit., p.7 et s.

(152) V. Pierre Mayer: La distinction entre règles et décision et le droit international prive, Dalloz, Paris, 1973, p.69.

(١٥٣) انظر في هذا المعنى:

Bénédicte Fauvarque-cosson: Libre disponibilité des droits et conflits de lois, op. cit., p.288.

أنه من الملاحظ من الناحية العملية أن الأطراف سوف يقومون باختيار قانون يتضمن - حتماً - صلة ما مع الرابطة القانونية محل النزاع عندما يستبعدون القانون المحدد من قبل قاعدة التنازع.

ومع ذلك يرى البعض أن عدم اشتراط رابطة بين القانون المحدد بواسطة الاتفاق الإجرائي والرابطة القانونية من شأنه إمكانية اختيار الأطراف لقانون أجنبي منعدم الصلة بالرابطة القانونية، مما يؤدي إلى تفويت الغرض من قاعدة التنازع التي تهدف إلى إسناد الروابط القانونية إلى أنسب وأوثق القوانين بها من الناحية الموضوعية.

وللتغلب على هذه الصعوبة يفرق البعض بين نوعين من قواعد تنازع القوانين:

- إذا كانت قاعدة تنازع القوانين الأصلية تسمح للأطراف بالحرية في تحديد القانون واجب التطبيق، فإنه يمكن للأطراف استبعاد تطبيق هذه القاعدة وأن يختاروا في الاتفاق الإجرائي أي قانون ولو لم تكن بينه وبين الرابطة صلة ما. وهذا يتوافر في مجال الالتزامات التعاقدية حيث يسود مبدأ سلطان الإرادة.

- أما إذا كانت قاعدة التنازع لا تترك للأطراف إلا حرية محدودة في الاختيار بين قانونين مثلاً، أو تحدد القانون واجب التطبيق موضوعياً دون ترك حرية ما للأطراف، فإن الاتفاق الإجرائي يتعين أن يتمشى في هذه الحالة مع الهدف الأساسي من قاعدة التنازع وذلك بأن يكون القانون المختار من قبل الأطراف في الاتفاق الإجرائي على صلة ما بالرابطة القانونية^(١٥٤).

وننتهي مما سبق إلى أن الأطراف لهم الحق في الاتفاق الإجرائي في استبعاد قاعدة التنازع والمطالبة بتطبيق قانون آخر سواء أكان هو قانون القاضي أو قانون أجنبي. ذلك أن الاتفاق الإجرائي لا يهدف فقط إلى التنازل accord de renonciation عن قاعدة التنازع حتى يمكن القول بقصر هذا الاتفاق على السماح بتطبيق قانون القاضي، وإنما يهدف إلى إحلال قانون آخر محل القانون المحدد من قبل قاعدة التنازع accord de substitution، ومن ثم من حق الأطراف اختيار القانون

(١٥٤) انظر في هذا المعنى:

الذي يحل محل القانون المستبعد ولا يجوز قصر هذا الحق على قانون القاضي فحسب (١٥٥).

وقد أكدت بعض الأحكام الحديثة لمحكمة النقض الفرنسية على هذا الدور المزدوج للاتفاق الإجرائي، أي إمكانية اختيار الأطراف ليس فقط لقانون القاضي وإنما كذلك لقانون أجنبي. من قبيل ذلك يمكن أن نذكر الحكم الصادر من محكمة النقض الفرنسية بتاريخ ٢٦ مايو ١٩٩٩ والذي قضت فيه بأن من حق الأطراف في نطاق الحقوق التي يملكون التصرف فيها الاتفاق على تطبيق قانون آخر غير القانون المحدد بواسطة معاهدة دولية أو شرط تعاقدي نص على تطبيق قانون معين (١٥٦). ويستفاد من ذلك أن القضاء الفرنسي لم يقيد الأطراف في الاتفاق الإجرائي بضرورة اختيار تطبيق قانون القاضي وإنما وضع قاعدة عامة مؤداها إمكانية اختيار تطبيق قانون آخر غير القانون الأصلي المحدد من قبل قاعدة التنازع.

(١٥٥) لذلك قيل في هذا المعنى أن:

“La lex fori ne doit donc pas, à notre avis, avoir une vocation universelle principale pour résoudre les litiges à prépondérance étrangère. Le juge doit appliqué r d’office sa règle de conflit, et il doit toujours avertir les parties lorsqu’elle désigne un droit étranger. Certes les parties pourront renoncer à l’application du droit étranger (excepté dans certaines matières d’ordre public): dans ce cas, la lex fori pourra trancher le litige. Elle possédera ainsi une certaine vocation universelle; mais il faut remarquer que cette vocation n’aura alors aucun caractère privilégié, les parties pourraient tout aussi bien désigner une autre loi étrangère, et le juge devrait alors en principe l’appliquer”. V. Cyrille David: La loi étrangère devant le juge du fond, op. cit., p. 93.

(١٥٦) قضت محكمة النقض الفرنسية في هذا الحكم بأن:

“Pour les droits dont elles ont la libre dispositions, les parties peuvent s’accorder sur l’application d’une loi autre que celle désignée par une Convention internationale ou une clause contractuelle désignant la loi compétente; un tel accord peut résulter des conclusions des parties”.

انظر هذا الحكم مشاراً إليه في:

Marie-Laure Nibpyet: Le statut procédural de la loi étrangère: une jurisprudence encore flottante ou un changement de cap?, La Gazette du Palais. 1er et 2 mars 2000, p. 39.

خاتمة البحث

(حقيقة وقيمة نظام الاتفاق الإجماعي)

تحدثنا في هذا البحث عن الاتفاق الإجماعي الذي يعني قيام الأطراف باستبعاد تطبيق قاعدة التنازع والمطالبة بتطبيق قانون آخر أمام القاضي أو المحكم وذلك أثناء سير إجراءات النزاع.

ولما كان هذا الاتفاق إنما يرد على الحقوق التي يملك الأطراف التصرف فيها فقد خصصنا الفصل الأول من بحثنا لدراسة موضوع أو فكرة الحقوق القابلة للتصرف وغير القابلة لها.

وفي الفصل الثاني من الدراسة تعرضنا إلى النظام القانوني للاتفاق الإجماعي من حيث انعقاده وتحديد مجاله والأثر الذي يترتب عليه من ناحية القانون الذي يمكن للأطراف الاتفاق على تطبيقه بعد استبعادهم لقاعدة التنازع. وإذا كان الاتجاه السائد في القانون الفرنسي هو قصر الاتفاق الإجماعي على اختيار قانون القاضي، إلا أننا نميل - كما سبق أن أوضحنا - إلى الحل الآخر الذي يقضي بإمكانية اختيار الأطراف لأي قانون ولو لم يكن هو القانون الوطني.

والذي يهمنا في هذه الخاتمة الإشارة إلى بعض النتائج الهامة التي ترتبط بدور الاتفاق الإجماعي في مجال تنازع القوانين.

يعتبر الاتفاق الإجماعي من بين الوسائل التي تؤدي إلى التغلب على الانتقادات التي وجهت إلى قاعدة التنازع المزدوجة الجانب والتي تتمثل في اكتفاء قاعدة التنازع بمجرد الإشارة إلى القانون واجب التطبيق دون أن تلقى بالأى إلى النتائج التي تترتب على تطبيق القانون المشار إليه. وإذا كان الأمر كذلك فإن إعمال قاعدة التنازع قد يقود إلى نتائج غير متوقعة وغير مرغوب فيها بالنسبة للأطراف. ولهذا يمكن للأطراف - بواسطة الاتفاق الإجماعي - استبعاد تطبيق قاعدة التنازع التي تشير إلى تطبيق قانون ما والمطالبة بتطبيق قانون آخر يكون أكثر استجابة للتوقعات المشروعة للأطراف وأكثر تحقيقاً لمصالحهم.

كما أن من شأن استبعاد الأطراف لقاعدة التنازع علاج مشكلة استبعاد الإحالة. وبيان ذلك أن قاعدة التنازع تشير إلى تطبيق قانون دولة ما وأن هذا القانون إما أن

يكون قانون دولة القاضي، وإما أن يكون قانون دولة أجنبية. ومن المألوف أن تقوم قواعد التنازع خاصة قواعد التنازع الوارد النص عليها في المعاهدات الدولية بالنص على استبعاد أعمال الإحالة. ومعنى هذا الاستبعاد أن القانون المشار إليه من قبل قاعدة التنازع تنطبق منه قواعد الموضوعية دون تلك المتعلقة بتنازع القوانين.

ويجد ذلك تفسيره في أن المعاهدة أو القانون الوطني ترى أن قانوناً معيناً بالذات هو الأنسب في التطبيق على علاقة قانونية ما، ومن ثم فإنه في حالة تسمية هذا القانون يجب أن يطبق هو بالذات "أي قواعد الموضوعية"، ولا يمكن بالتالي تطبيق قواعد التنازع المنصوص عليها في هذا القانون لأن من شأن الأخذ بها احتمال الأخذ بفكرة الإحالة. والأخذ بالإحالة يكون عندما يرفض القانون المشار إليه عقد الاختصاص لنفسه بنظر النزاع ويحيل إلى قانون دولة أخرى باعتباره هو القانون واجب التطبيق. وغني عن البيان أن الأخذ بفكرة الإحالة على هذا النحو من شأنه تطبيق قانون آخر غير القانون المشار إليه من قبل قاعدة التنازع التعاهدية أو قاعدة التنازع الوطنية.

على أن الاستبعاد المطلق لفكرة الإحالة من شأنه أن يقود إلى نتائج غير مرغوب فيها، وذلك بالنسبة للتنسيق بين أنظمة تنازع القوانين في مختلف الدول. ذلك أنه من غير الملائم الإصرار على تطبيق قانون دولة ما إذا كان هذا القانون لا يعقد نفسه الاختصاص بحكم المسألة المعروضة لمجرد أنه قانون مشار إليه من قبل قاعدة التنازع المعنية.

ولهذا فإن وجود نظام الاتفاق الإجرائي من شأنه التغلب - ولو جزئياً - على استبعاد أعمال الإحالة. فلو عرض على القاضي المصري أمر تحديد أهلية شخص إنجليزي الجنسية متوطن في مصر نجد أنه وفقاً لقاعدة التنازع المصرية يتعين تطبيق قانون الجنسية وهو القانون الإنجليزي في حين أن قاعدة التنازع الإنجليزية تقر تطبيق قانون الموطن أي القانون المصري. ولما كان القانون المصري يرفض الأخذ بفكرة الإحالة فلا مجال لتطبيق قانون الموطن. وهنا يبرز دور الاتفاق الإجرائي الذي يسمح لأطراف التصرف باستبعاد تطبيق قاعدة التنازع التي تقود إلى تطبيق القانون الإنجليزي والمطالبة بتطبيق قانون آخر.

كما أن للاتفاق الإجرائي مزية أخرى تتعلق بتقليل الحالات التي يستخدم فيها الدفع بالنظام العام. ذلك أن قاعدة التنازع التقليدية يفرضي إعمالها إلى تطبيق قانون دولة ما قد يكون في حالة تعارض مع المبادئ الأساسية في دولة القاضي. ومن ثم يستبعد لمخالفته للنظام العام. على العكس من ذلك فإن في مقدور الأطراف المطالبة باستبعاد تطبيق قاعدة التنازع التي تشير إلى تطبيق قانون مخالف للنظام العام في دولة القاضي والاتفاق على تطبيق قانون آخر لا يتضمن أية مخالفة لهذا النظام.

وهنا تبدو فائدة الاتفاق الإجرائي إذا ما قورنت بالنظام العام فإذا كان كل منهما يقود إلى استبعاد تطبيق القانون المختص أصلاً بحكم الرابطة القانونية فإنهما يختلفان فيما وراء ذلك، وتتحصر أوجه الخلاف فيما يلي:

- إن القاضي هو الذي يستبعد القانون المختص في حالة مخالفته للنظام العام، أما في الاتفاق الإجرائي فإن الأطراف وليس القاضي هم الذين يستبعدون قاعدة التنازع ويطالبون بتطبيق قانون آخر.

- في حالة النظام العام يحل قانون القاضي محل القانون المختص أصلاً بحكم العلاقة القانونية، أما في الاتفاق الإجرائي لا ينقيد الأطراف باختيار تطبيق قانون القاضي حيث يكون بإمكانهم - بعد استبعاد تطبيق قاعدة التنازع - الاتفاق على تطبيق قانون آخر دون أن يكون هذا القانون الأخير هو بالضرورة قانون القاضي.

وعلى الرغم من النتائج والمزايا التي نكرناها لنظام الاتفاق الإجرائي إلا أنه ينبغي عدم المغالاة في قيمتها. ذلك أنه حتى يكون للاتفاق الإجرائي قيمته ينبغي أن يوضع مبدأ التزام القاضي بتطبيق قاعدة التنازع من تلقاء ذاته، بحيث لا تتم التفرقة بين الحالة التي تشير فيها قاعدة التنازع إلى تطبيق القانون الوطني والحالة العكسية التي يكون القانون الواجب التطبيق فيها قانوناً أجنبياً. ولهذا تحتفظ قاعدة التنازع بقوتها الإلزامية تجاه القاضي ولو أشارت إلى تطبيق قانون أجنبي، أما بالنسبة للأطراف فإن بإمكانهم - بواسطة الاتفاق الإجرائي - استبعاد تطبيق القانون المختص أصلاً وفقاً لقاعدة التنازع والمطالبة بتطبيق قانون آخر.

وإذا كانت قاعدة التنازع تحتفظ بقوتها الإلزامية على هذا النحو وفقاً لبعض القوانين كما أوضحنا من قبل، إلا أن البعض الآخر من القوانين - كالقانونين الفرنسي

والمصري (١٥٧) - لا يلقي على عاتق القاضي مبدأ الالتزام بتطبيق قاعدة التنازع عندما تشير إلى تطبيق قانون أجنبي. وفي ظل هذه القوانين الأخيرة يمكن للقاضي أن يتعاضى عن تطبيق القانون الأجنبي المختص أصلاً لمجرد أن الأطراف لم يتمسكوا بتطبيقه أمامه. ويتعين علينا أن نفرق هنا بين حالتين:

- تتناول أولاهما الوضع حيث يكون القانون الواجب التطبيق قانوناً أجنبياً ويتمسك الأطراف بتطبيقه. لا توجد أية مشكلة في هذه الحالة حيث يلتزم القاضي بتطبيق القانون الأجنبي في هذه الحالة طالما أمكن له - بمساعدة الأطراف - إقامة الدليل على محتوى القانون الأجنبي. ومن الواضح هنا أنه لا مجال لوجود الاتفاق الإجرائي حيث يهدف هذا الاتفاق إلى استبعاد تطبيق قاعدة التنازع في حين أن الفرض أن الأطراف قد تمسكوا بتطبيق هذه القاعدة.

- أما الحالة الثانية فإنها تتعلق بالوضع حيث لا يتمسك الأطراف بتطبيق القانون الأجنبي المختص بحكم الرابطة القانونية محل النزاع. في هذه الحالة سيقوم القاضي بتطبيق قانونه الوطني لأنه لا يلتزم بتطبيق القانون الأجنبي من تلقاء ذاته. على أنه يستثنى من ذلك الحالة التي يوجد فيها اتفاق إجرائي بين الأطراف وهو الاتفاق الذي يستبعد فيه الأطراف تطبيق القانون المختص ويطلبون بتطبيق قانون آخر.

وغني عن البيان أننا بصدد وضع على قدر كبير من الغرابة والشذوذ: فحيثما يسكت الأطراف ولا يطلبون بتطبيق القانون الأجنبي المختص يستبعد تطبيق هذا القانون الأخير ويطبق بدلاً منه قانون القاضي، وحيثما يستبعد الأطراف قاعدة التنازع التي تشير إلى تطبيق قانون أجنبي يستبعد هذا القانون الأخير كذلك. ففي كلتا الحالتين يتم استبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختص. كما أن في كلتا الحالتين يقوم القاضي بتطبيق قانونه الوطني (إذا افترضنا أن الأمر معروض على القاضي الفرنسي حيث لا يجوز في فرنسا استبعاد قاعدة التنازع لصالح تطبيق قانون أجنبي بل لصالح تطبيق

(١٥٧) تشير في هذا المجال أيضاً إلى قانون الإجراءات المدنية الأسباني الصادر بتاريخ ٧ يناير ٢٠٠٠،

حيث لم يضع - على غرار القانونين الفرنسي والمصري - التزاماً حقيقياً على عاتق لقاضي

بالبحث عن محتوى القانون الأجنبي. وتنص في ذلك المادة ٢/٢٨١ من هذا القانون على أن:

“Le droit étranger devra être prouvé en ce qui concerne son contenu et sa vigueur, le tribunal pouvant utiliser tous les moyens de recherche qu'il estime nécessaire à son application”.

القانون الفرنسي فحسب).

وهكذا فإنه في ظل الأنظمة التي لا تلقى على عاتق القاضي الالتزام بتطبيق قاعدة التنازع من تلقاء ذاته نتوصل إلى النتيجة التالية: ليست هناك حاجة للاتفاق الإجرائي حيث يمكن التوصل إلى ما يهدف إليه بطريقة أكثر يسراً، فطالما أن القاضي لا يلتزم بتطبيق قاعدة التنازع من تلقاء ذاته وطالما أن الاتفاق الإجرائي يقتصر أثره على حالة اختيار الأطراف لتطبيق قانون القاضي فإن هذا الاتفاق لن يتخذ سوى الصورة التالية: استبعاد الأطراف لقاعدة التنازع التي تشير إلى تطبيق قانون أجنبي والمطالبة بتطبيق القانون الوطني للقاضي. هذه النتيجة من الميسور التوصل إليها بمجرد عدم تمسك الأطراف بتطبيق القانون الأجنبي دون أن يكون هناك أي احتياج لإبرام الاتفاق الإجرائي.

ومن أجل هذا وللأسباب السابق ذكرها وحتى يحتفظ الاتفاق الإجرائي بقيمته كاملة يتعين التسليم بالاعتبارات التالية:

- يلزم أولاً، وجود التزام عام على عاتق القاضي بتطبيق قاعدة التنازع الوطنية أيضاً كان القانون المشار إليه. كما يلتزم القاضي بالبحث عن محتوى القانون الأجنبي من تلقاء ذاته، فلا معنى لإلزام القاضي بتطبيق قاعدة التنازع من تلقاء ذاته ثم نقلني عبء البحث عن محتوى القانون الأجنبي على عاتق الأطراف. ذلك أن هذا الوضع يؤدي إلى إفراغ مبدأ الإلزام من مضمونه ولذا يجب عدم الفصل بين المسألتين المشار إليهما.

- كما يلزم عدم تعييد حرية الأطراف في الاتفاق الإجرائي بقصر هذا الاتفاق على حالة اختيار تطبيق قانون القاضي. ومن هنا يجب أن يكون من حق الأطراف - بعد استبعاد القانون المختص أصلاً وفقاً لقاعدة التنازع - اختيار تطبيق القانون الذي يروونه ملائماً لمصلحتهم سواء أكان هذا القانون هو قانون القاضي ذاته أم كان قانوناً أجنبياً.

